



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Sobre algunos problemas en la intervención de los poderes públicos en materia de género

Autor/es

ANA OLALDE GARCÍA

Director/es

RICARDO LUIS CHUECA RODRÍGUEZ

Facultad

Escuela de Máster y Doctorado de la Universidad de La Rioja

Titulación

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Departamento

DERECHO

Curso académico

2018-19



***Sobre algunos problemas en la intervención de los poderes públicos en
materia de género, de ANA OLALDE GARCÍA***

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor, 2019

© Universidad de La Rioja, 2019

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es

Trabajo de Fin de Máster

Sobre algunos problemas en la intervención de los poderes públicos en materia de género

Autora

Ana Olalde García

Tutor: D. Ricardo Luis Chueca Rodriguez

MÁSTER:

Máster en Acceso a la Abogacía (254M)

Escuela de Máster y Doctorado



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

AÑO ACADÉMICO: 2018/2019

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	LAS POLÍTICAS ACTIVAS EN MATERIA DE GÉNERO.....	8
	2.1. La evolución del tratamiento legislativo de la igualdad de género.....	12
	2.2. El principio de igualdad como límite a las políticas activas.....	15
	2.3. La estructura de la <i>Ley Integral</i> . Distribución sistemática de su contenido.....	21
	2.4. La constitucionalidad de la <i>Ley Integral</i>	26
	2.4.1. Razonabilidad de la diferenciación normativa y desproporción de sus consecuencias.....	30
	2.4.2. La <i>Ley Integral</i> y el mandato de no discriminación.....	32
III.	LA LO 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: UN ANÁLISIS DE LA LEY INTEGRAL Y SU TUTELA PENAL.....	36
	3.1. Objeto de la <i>Ley Integral</i>	36
	3.2. La Tutela Penal de la <i>Ley Integral</i>	40
	3.2.1. El artículo 153 CP. La protección contra los malos tratos.....	41
	3.2.2. El artículo 148 CP. La protección contra las lesiones.....	47
	3.2.3. Los artículos 171 y 172 CP. La protección contra las amenazas y coacciones.....	48
	3.2.4. Comparativa entre las penas impuestas a los delitos con agravante de género y los delitos de violencia familiar.....	52
	3.3. Algunos problemas en la configuración y aplicación de la <i>Ley Integral</i> y su Tutela Penal.....	53
	3.3.1. Consideraciones prácticas.....	53
	3.3.2. Consideraciones doctrinales.....	62

IV.	CONCLUSIONES.....	66
V.	BIBLIOGRAFÍA.....	68
VI.	JURISPRUDENCIA.....	73

RESUMEN

La incorporación de la mujer a la vida social conllevó una intervención activa de los poderes públicos para equiparar las desiguales condiciones de entrada de ésta en comparación a la posición del hombre, lo que desembocó en una evolución legislativa de suma importancia en nuestro país en lo que a derechos de las mujeres se refiere. En esta esfera se circunscribe la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, una ley que generó, y genera, una fuerte controversia en lo que a su tutela penal se refiere y a la eficacia de las figuras de género específicas, en confrontación con los valores y principios constitucionales. Desde este punto de vista, el presente trabajo tiene por objeto estudiar las políticas activas, el principio constitucional de igualdad, la tutela penal de la *Ley Integral* y los posibles problemas prácticos y teóricos que la misma posee en cuanto a su aplicación.

ABSTRACT

The incorporation of women into social life entailed an active intervention of the public powers to equalize the inequalities conditions of their entry compared to the position of mens, which led to a legislative evolution of utmost importance in our country in which Women's rights are concerned. In this sphere is circumscribed the Organic Law 1/2004, of Measures of Integral Protection against the Violence of Gender, a law that generated, and generates, a strong controversy as far as its criminal protection is concerned and to the effectiveness of the figures of specific gender, in confrontation with the values and constitutional principles. From this point of view, the present work aims to study the active policies, the constitutional principle of equality, the criminal protection of the Integral Law and the possible practical and theoretical problems that it has in terms of its application.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal
FJ	Fundamento jurídico
<i>Ley Integral</i>	Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género
ONU	Organización de las Naciones Unidas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>Supra</i>	“Como arriba”
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género o *Ley Integral*, adoptó una perspectiva de género partiendo del postulado científicamente probado de que la violencia contra las mujeres estaba vinculada al desequilibrio histórico en las relaciones de poder entre hombres y mujeres en los diversos ámbitos de la vida social. Desequilibrio que estaba ofreciendo una sensible resistencia frente a las medidas legislativas adoptadas sobre igualdad y política antidiscriminatoria.

Ello llevó a proponer un enfoque legislativo centrado en la violencia ejercida sobre las mujeres en el marco concreto de las relaciones afectivas heterosexuales y un tratamiento diferenciado respecto de otras violencias similares pero que no tienen por víctima a las mujeres, –tales como la violencia intrafamiliar, desgajándola de ésta-.

Con ello, se desmarcó de ciertos instrumentos internacionales y legislaciones extranjeras sobre la materia y de los programas comunitarios que equiparan la violencia contra las mujeres con otros extremos de la violencia doméstica, como es la violencia sobre los niños, que puede también considerarse reflejo de la violencia contra las mujeres. La *Ley Integral* puede ser vista, desde esta perspectiva, como una ley transgresora en cuanto al planteamiento adoptado, al ser España el primer país de la Unión Europea en proponer una regulación específica y separada sobre la materia.

Lo novedoso fue el establecimiento de una serie de medidas que intentaron abarcar en su conjunto, de forma integral y multidisciplinar, los aspectos intrínsecos a la violencia de género en forma de “tutelas”, que forman el articulado de la ley, y son un elemento clave para poder entender y comprender la misma.

La *Ley Integral* posee unos antecedentes claros en una amplia evolución legislativa previa y en la variedad de enfoques adoptados en el Código Penal para hacer frente a situaciones objetivas de desprotección y, al mismo tiempo, a la alarma social generada por casos que conmocionan regularmente a la opinión pública. Se empezó así a hablar de violencia de género cuando se introdujo esta perspectiva para cualificar a la violencia del hombre contra la mujer y ser denominada “de género”, tal y como demuestra la nomenclatura utilizada en el Código Penal: “Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

El enfoque limitado intrínseco a la ley planteó una serie de dudas constitucionales en cuanto a su encaje respecto al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. Y ello porque la igualdad, para respetar el orden constitucional atendida su naturaleza principal, ha de informar toda regulación jurídica que establezca tratamientos diferenciados. De este modo, cualquier tratamiento normativo diferenciado requiere una justificación objetiva y razonable, quedando vedadas las diferencias de trato irrazonables, desproporcionadas y arbitrarias. En este caso, se discutió la diferencia normativa introducida entre las mujeres víctimas y el resto de víctimas de violencia, consistente en proteger a la mujer mediante penas más elevadas y medidas procesales especiales.

Aunque el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad en reiteradas ocasiones –SSTS 59/2008, 83/2008, 45/2009, 165/2009, 41/2010 o 1177/2009- hoy en día sigue existiendo un amplio debate al respecto, no solo entre los operadores jurídicos sino entre la sociedad en general. Se trata de un cuerpo normativo sumamente polémico que cuenta con multitud de defensores, pero también con algunos detractores.

Mas allá de su debate constitucional, la *Ley Integral* se circunscribe en el marco de las políticas activas promovidas por el artículo 9.2 CE en relación, precisamente, con el artículo 14 CE, como un mandato de actuación dirigido a los poderes públicos. En el presente trabajo analizaremos el alcance de ese propósito en relación con la materia, significado de dicha afirmación así como su evolución y tratamiento legislativo, las modificaciones operadas en la legislación penal mediante la introducción de una agravante de género. Todo ello, con el fin de realizar un escrutinio de conformidad constitucional.

Para ello, hemos dividido el trabajo en dos bloques principales: En el primero se abordará el estudio teórico de las políticas activas en materia de igualdad de género, así como sus antecedentes y su evolución legislativa. Asimismo, estudiaremos las exigencias del principio constitucional de igualdad y eventual función de límite a las políticas activas. Por último, estudiaremos la postura adoptada por el Tribunal Constitucional al respecto y el encaje constitucional de la *Ley Integral*. En el segundo bloque, nos centraremos en el estudio de los nuevos tipos penales introducidos con la Tutela Penal de la *Ley Integral*, para proceder después a realizar a una comparativa de sus penas en relación con las penas contenidas en los tipos de violencia doméstica. Por

último, expondremos una serie de problemas práctico-teóricos que han ido sucediéndose desde su promulgación.

Mas allá de su estudio teórico, debemos tomar conciencia de que la violencia de género se configura como uno de los problemas más importantes que tiene nuestra sociedad actual, que presenta firmes resistencias a su erradicación, y que supera nuestros esfuerzos por paliarla –nótese que la *Ley Integral* se promulgó en 2004, esto es, hace 15 años-. A ello debe añadirse que ha constituido un fenómeno invisible durante siglos, expresión de una manifestación patente de desigualdad, subordinación y dominación de los hombres sobre las mujeres.

Esto me lleva a plantear cuestiones como ¿Es consciente la ciudadanía de lo que esto significa? ¿es consciente de que el origen de dicha violencia de género está frecuentemente presente, de una manera expresa, sutil o larvada en su rutina diaria? ¿se ha cuestionado en algún momento qué hace falta, además de la actuación institucional, para remover una realidad estructural?. La sociedad se estremece, y hasta escandaliza, cada vez que se produce un nuevo caso mortal de violencia de género, pero... ¿saben realmente lo que es violencia de género? La violencia de género es una expresión patológica de la desigualdad entre hombres y mujeres en el espacio social e interpersonal, una desigualdad estructural que pervive en todas las culturas y en todos los tiempos. Se trata de un problema social de salud pública de extrema gravedad, que cada año se cobra en España un número inquietantemente irreductible de víctimas mortales. Pero también de víctimas supervivientes (mujeres y menores a su cargo) que arrastran el resto de su existencia horrendos daños psicológicos y físicos.

Debemos realizar, entre todos, un cambio estructural centrado en una correcta tutela educacional, que cambie conciencias desde la infancia. Debemos concienciarnos de que la violencia de género conforma un problema que nos atañe a todos y que, precisamente, nos corresponde a todos solucionar.

La igualdad solo puede lograrse a través de la educación y no a través de la sobreprotección de la mujer –demasiadas veces en contra de su interés y, sobre todo, de su voluntad-, una técnica paternalista que no nos permite avanzar en su erradicación, sino quizá, incluso, retroceder.

Ello no hace sino recordarnos las limitaciones del derecho.

II. LAS POLÍTICAS ACTIVAS EN MATERIA DE GÉNERO

La búsqueda del fin de la violencia contra la mujer comenzó en el ámbito internacional a mediados del siglo XX, cuando en el marco de las conquistas de las mujeres en cuanto a derechos civiles, laborales y políticos, distintas instituciones comenzaron a denunciar situaciones de desigualdad. Con la introducción de la mujer en la vida laboral la sociedad cambia y se transforman los procedimientos productivos, las mujeres pasan a formar parte de una esfera social antes vedada para ellas. En ese contexto, los Organismos Internacionales deciden intervenir en distintas áreas implicadas para facilitar ese acceso y superar obstáculos intrínsecos a su condición de mujer.

Un primigenio avance en la igualdad de género fue la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Derechos políticos de la mujer, fechada en 1946, que recomendó a todos los Estados Miembros que adoptaran las medidas necesarias para conceder a la mujer los mismos derechos políticos que el hombre¹. Esta Declaración no tuvo casi efecto en España, pues nos hallábamos inmersos en un régimen dictatorial que no cesó hasta 1975. Nuestra legislación preconstitucional estaba salpicada por una clara desigualdad entre sexos reflejada en los distintos tratamientos en función de si determinados delitos eran realizados por hombres o mujeres.

La igualdad entre sexos se reconoce de forma expresa en 1950 en el Convenio Roma², convenio que no se ratificará en España hasta el año 1977, con la llegada del régimen democrático. Bajo esta influencia, se reconoce por primera vez en el año 1978, con la promulgación de la Constitución Española, la igualdad entre ambos géneros ante la Ley y la no discriminación por motivos de sexo.

Merecen especial mención la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1967 y la convocatoria por parte de la ONU de la primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1975 en México D.F., por ser clave en el avance de la toma de conciencia respecto del tema que nos ocupa.

Pese a que la búsqueda de la igualdad entre hombre y mujer queda patente en estas iniciativas a lo largo de todo el siglo XX, no es hasta la década de 1990 cuando los

¹ Resolución 56 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos políticos de la mujer.

² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Estados europeos toman conciencia de que el problema de la desigualdad tiene una consecuencia para la que no están preparados: la violencia doméstica, que no de género.

La protección que blindan tanto las Constituciones de cada Estado como los Convenios Internacionales resulta poco práctica ante esta realidad, y por ello deciden modificar sus Códigos Penales para tratar de frenar la violencia machista, bien a través de la modificación del delito de lesiones –como hizo el Código Penal alemán–, o bien creando una nueva figura delictiva: la violencia familiar o doméstica –sirviendo de ejemplo el Código Penal Sueco–.

Con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (*Ley Integral*), se pretendió proporcionar una respuesta global a un tipo de violencia muy concreto: la violencia que se ejerce sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja heterosexuales. Una violencia que, según el legislador, arranca de una relación de desigualdad alimentada por una concepción de la misma como un vínculo de poder-sumisión. Esta intención se deja patente de forma clara en el Preámbulo.

La Ley pretende una respuesta integral, como acredita su denominación, y multidisciplinar, mediante el establecimiento de una serie de tutelas en los diversos ámbitos en que se manifiesta este tipo de violencia. De ahí la inclusión de protección penal reforzada de la mujer mediante la técnica de los tipos agravados, que provocó una intensa discusión doctrinal, especialmente respecto de su encaje constitucional³.

Se ordena en torno a una idea de intervención en los procesos sociales mediante políticas activas con arranque en el amplio mandato igualatorio del artículo 9.2. CE.⁴ Precisamente, busca equiparar al hombre y a la mujer en el ámbito concreto en el que se circunscribe.

Por su parte, la adopción de medidas de acción positiva o políticas activas tiene su origen en el derecho norteamericano bajo la denominación de “*affirmative actions*”⁵ y no es algo nuevo en nuestro ordenamiento. Es un sistema de intervención validado por

³ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Integral.- ALONSO DE ESCAMILLA, A. y LAMARCA PÉREZ, C., “Reflexiones sobre las medidas penales de protección contra la violencia de género”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1763.

⁴ LAURENZO COPELLO, P., “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, *Jueces para la democracia*, núm. 54, 2005, pp. 20-30.

⁵ BARRERE UNZUETA, M.A., “Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres”, *Jornadas sobre Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres*, Vitoria-Gasteiz, 2002, pp. 2-6.

la jurisprudencia europea para este específico ámbito de la discriminación por razón del sexo⁶. La *Ley Integral* se adscribe a este enfoque y a las técnicas aludidas.

El Tribunal Constitucional acogió la doctrina de la acción positiva ya en STC 229/1992, de 14 de diciembre como

“...un remedio corrector de pasadas injusticias que han recaído sobre grupos determinados, procurando una redistribución del empleo, la educación, los cargos públicos y otros bienes escasos, a favor de esos grupos, caracterizados normalmente por su raza, etnia o género, llegando a otorgarles un trato preferencial que facilite su acceso a esos bienes, como compensación a actuales o pretéritas discriminaciones dirigidas contra ellos, con la finalidad de procurar una distribución proporcionada de aquéllos”⁷.

El derecho español no dispone de una acepción del concepto de acción positiva. Es en la doctrina donde encontramos una aproximación. Así, GIMÉNEZ GLUCK, las define como “los tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser transparente e inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación”⁸. En palabras de GÓMEZ ORFANEL, “lo que se pretende compensar con la acción positiva no es una situación individual de inferioridad sino la minusvaloración por la pertenencia a un grupo que comparte un rasgo históricamente marginado por la sociedad, y contra lo que se combate desde la acción del Estado”⁹. Asimismo, se pueden considerar como acciones positivas en sentido estricto a “las ventajas o tratamientos preferenciales a favor de los colectivos de víctimas de discriminación grupal, con el objetivo de reequilibrar una situación de partida desigual y corrigiendo el efecto natural de las pautas discriminatorias socialmente generalizadas”¹⁰. Para concluir, podemos decir que las políticas de acción positiva en sentido amplio son “todas aquellas que favorecen o conceden alguna ventaja a los miembros de un colectivo que sufre

⁶ SSTJUE de 17 de octubre de 1995, C-450/93, caso *Kalanke*; de 11 de noviembre de 1997, C- 409/95, caso *Marschall*; de 28 de marzo de 2000, C-158/97, caso *Badeck*; y de 6 de julio de 2000, C-407/98, caso *Abrahamsson*.

⁷ STC 229/1992.

⁸ GIMÉNEZ GLUCK, D., “Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 64 y ss.

⁹ GÓMEZ ORFANEL, G., “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 9, 2008, p. 383.

¹⁰ BARRERE UNZUETA, M.A., “Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres”, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

discriminación estructural con el fin último de eliminar o paliar esa situación de inferioridad”¹¹.

A nuestros efectos debemos destacar dos tipos de políticas activas. Las políticas activas legislativas, que se encuentran recogidas en cuerpos legales concebidos como un remedio corrector de la situación de hecho. Sería el caso de la *Ley Integral* o de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Por otro lado, se sitúan las políticas activas represivas o de control social, destinadas a moderar o frenar las consecuencias de aquellas acciones que se consideran contrarias. Tal sería el caso de la Tutela Penal contenida en la *Ley Integral*¹².

La *Ley Integral* y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres son las principales muestras de acciones activas de los poderes públicos en el ámbito de la discriminación por sexo. A nivel autonómico, se produce un desarrollo de las mismas con normativa propia.

Precisamente, España fue el primer país europeo que contó con una ley integral que abarcase todos los aspectos intrínsecos a la violencia de género, quedando implicada la Administración Pública en su conjunto, desde la Administración General, pasando por la Autonómica y terminando con la local.

Todas las leyes orgánicas (estatales y autonómicas) sobre la materia tratan la violencia de género de una forma integral y multidisciplinar, abarcando y aplicando programas en distintos ámbitos como: la prevención y sensibilización en el ámbito educativo, en el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación, en el ámbito sanitario, derechos de las mujeres víctimas de violencia de género a la información, a la asistencia jurídica gratuita, asistencia social integral, los derechos laborales, prestaciones de la Seguridad Social y ayudas económicas.

En La Rioja se crea la Ley 3/2011, de 1 de marzo, de Prevención, Protección y Coordinación Institucional en Materia de Violencia en La Rioja.

¹¹ MARTÍN VIDA, M. A., “Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva”, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, p. 135.

¹² Título IV de la *Ley Integral*

2.1. La evolución del tratamiento legislativo de la igualdad de género

La igualdad de género ha tenido una enorme evolución en España desde principios de la democracia, con desarrollos en los derechos civiles, políticos y sociales de todos los ciudadanos, también por tanto de las mujeres. Los instrumentos de las políticas de igualdad se han diversificado, desde planes, a leyes, y unidades de género, generando unos avances en políticas públicas contra la desigualdad de género, que en los años 2004-2008 parecían mostrar una cierta solidez, como culmen al proceso de europeización.

La violencia de género se presentó entonces como una forma más de desigualdad al lograr una visibilización de la que en épocas anteriores carecía. La primera vez que el delito de violencia doméstica se incluye en el Código Penal fue en 1989 como una especie diferenciada del delito de lesiones –regulado en el artículo 425 del Código Penal de 1989- y se incluyó el delito de maltrato físico habitual contra el conviviente, hijos y otros menores incapaces o sometidos a tutela o guarda de hecho del agresor o agresora¹³. Posteriormente, en la redacción originaria del Código Penal de 1995 y a través del artículo 153, se recogió esta figura y se incrementaron las penas y ampliaron los sujetos pasivos protegidos mediante una protección basada en la existencia de convivencia y habitualidad del maltrato¹⁴.

Con la reforma del Código Penal en 1999 se introduce la violencia psicológica dentro del tipo de violencia doméstica¹⁵. Además, nuevamente, se ampliaron los sujetos pasivos protegidos incluyendo los ex cónyuges o ex-convivientes y se forjó un concepto de habitualidad en atención al número de actos de violencia, la proximidad en el tiempo y con independencia de que recaigan o no sobre la misma víctima, tal y como inicialmente se desprendía de la redacción del segundo párrafo del artículo 153.

En la reforma de 2003 tuvieron lugar importantes cambios en este ámbito con la Orden de Protección a las víctimas de violencia doméstica¹⁶ y se modificó la redacción del artículo 173.2 CP¹⁷. Se consideró por primera vez la violencia doméstica habitual

¹³ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

¹⁴ GAVILÁN RUBIO, M., “La habitualidad en el maltrato doméstico. Dificultad probatoria. Problemática actual”, *La Ley*, núm. 92, 2012, p. 85.

¹⁵ Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁶ Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

¹⁷ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

como un delito contra la integridad moral y no contra la integridad física; igualmente, se agravó la pena y se ampliaron, nuevamente, los sujetos pasivos protegidos; ampliación que fue criticada por cierta parte de la doctrina¹⁸.

Finalmente, la *Ley Integral* otorgó a las víctimas de la violencia de género un tratamiento diferenciado. A raíz de ella se distingue la violencia de género de la violencia doméstica y se considera la violencia de género no como un subtipo sino como un tipo de violencia diferenciado, dando lugar a una delimitación conceptual entre ambas. La violencia doméstica o violencia intrafamiliar pasa a ser aquella que se produce entre los miembros del núcleo familiar o de convivencia, pudiendo ser sujetos pasivos y activos tanto mujeres como hombres¹⁹, mientras que la violencia de género comprende *aquella* que recoge la diferentes violencias que se infieren por los hombres contra las mujeres por el mero hecho de ser mujer, constituyéndose como una manifestación de las relaciones de poder que, históricamente, han sido de dominio del varón sobre la mujer²⁰. Lo único que tienen en común la violencia doméstica y la violencia de género es el ámbito o lugar en el que se desarrollan, pero no, como podría parecer inicialmente, el bien jurídico protegido que en la violencia de género se configura como un tipo diferenciado.

Si bien, aunque el nuevo modelo mejora la tutela de ambos tipos de violencia, en contra del modelo generalista anterior que tutelaba a todos los miembros vulnerables del ámbito doméstico con idénticos tipos penales, la nueva ampliación del círculo de sujetos pasivos ha terminado por oscurecer el problema de la violencia de género al convertirlo en un caso más dentro de un cúmulo caótico de artículos sin un orden sistemático dentro del Código Penal y que llevan a la confusión al lego en derecho.

La *Ley Integral* tiene un claro origen en los llamamientos internacionales a adoptar medidas en el ámbito de la violencia contra la mujer. Destaca Naciones Unidas y la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer en donde se solicitaron medidas urgentes y eficaces para eliminar su incidencia, así como proclamar que esa violencia constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En la Cumbre Internacional sobre la mujer, de Pekín, de 1995, la cuestión de la violencia contra las mujeres ocupó un papel central, examinando

¹⁸ Sobre los efectos negativos de la ampliación desmedida del tipo del art. 173 C.P. y su pérdida de especificidad, véase LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, IN MEMORIAM ALEXANDRI BARATTA, Salamanca, 2004, pp. 834 y ss.

¹⁹ Artículo 173.2 CP.

²⁰ GAVILÁN RUBIO, M. *op. cit.*, p. 85.

sus causas y sus efectos discriminatorios. Se puso de relieve la necesidad de una respuesta global a la violencia contra la mujer, que abarcara todos los problemas desde su origen, favoreciendo cambios culturales, y, sobre todo, protegiendo efectivamente a las víctimas.

Posteriormente, pero en esa misma línea, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997 exigió la eliminación de la violencia sexistas en la familia y en la comunidad, destacando el deber de los Gobiernos de prevenir, investigar y castigar diligentemente los actos de violencia contra la mujer y de proporcionar a las víctimas el acceso a unos medios de reparación justos y eficaces, así como una asistencia especializada.

Más próxima a la promulgación de la *Ley Integral* fue la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de Naciones Unidas, en donde se afirmó, en su artículo 4, que "los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer"²¹ entre otras cosas previniendo, investigando y castigando todo acto de violencia contra la mujer, adoptando medidas para que las autoridades cumplan la ley y las políticas de prevención, investigación y punición de la violencia contra la mujer.

Respecto a la Unión Europea, especialmente en lo que concierne al Parlamento Europeo, se ha instado a los Estados, a partir de la idea de la tolerancia cero, a adoptar una política adecuada que prevenga y que persiga la violencia contra las mujeres, reformando, en su caso, los procedimientos judiciales y desarrollando métodos para contrarrestar actitudes y comportamientos favorecedores de la violencia de género. A tal efecto, se han elaborado Programas de Acción Comunitaria para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres.

²¹ Artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993

2.2. El principio constitucional de igualdad como límite a las políticas activas

Las políticas activas o medidas de acción positiva encuentran su fundamento en los artículos 14 y 9.2. CE, como las dos vertientes principales del mandato constitucional de igualdad y no discriminación de nuestro ordenamiento jurídico ya que, recordemos, la Constitución Española sitúa a la igualdad entre los valores superiores del ordenamiento, junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político y la consagra como principio constitucional.

Por una parte, el artículo 14 CE contiene una manifestación negativa, como una genérica prohibición de la diferenciación normativa:

“El principio de igualdad impone al legislador no discriminar en sus disposiciones, y ello no sólo por referencia a los criterios expresamente recogidos en el precepto (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión), sino también, genéricamente, respecto de cualquier otra condición o circunstancia personal o social”²².

A su vez, consagra el principio de igualdad desde una doble perspectiva, en cuanto que exige la igualdad de trato a no ser tratado jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en la misma situación, lo que implica que cualquier desigualdad deberá ser razonable, proporcionada y justificada²³ y ello porque el principio de igualdad no es absoluto y “la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”²⁴. Pero, también impone una prohibición de discriminación, haciendo hincapié en el rechazo de todo trato desigual motivado por razones especialmente odiosas y rechazables que afectan a colectividades concretas, que históricamente han estado en clara desventaja por poseer uno de los rasgos identificadores a los que expresamente se refiere el precepto.

Por otro lado, el artículo 9.2. CE se configura como una vertiente de naturaleza positiva que se concreta a través de políticas específicas tendentes a remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de

²² JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm.9, 1983, p. 82.

²³ Entre otras, STC 229/1992.

²⁴ FJ 3 STC 22/1981.

los colectivos minusvalorados. Es por ello que el artículo 14 se interpreta desde la vertiente positiva del artículo 9.2. CE, de modo que las políticas activas a favor de ciertos grupos o colectivos vienen exigidas por un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad, a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva²⁵.

Las políticas activas concretan el mandato antidiscriminatorio y hacen que cobre sentido el artículo 9.2. CE en cuya virtud, los poderes públicos tienen el deber de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y de “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, facilitando “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”²⁶.

Así, se establece un binomio igualdad formal (artículo 14 CE) e igualdad material (artículo 14 en relación con el artículo 9.2. CE) que posee un alcance claro: ser un mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la remoción de todos los obstáculos que impidan la efectiva realización del principio de igualdad formalmente considerado. En palabras del Tribunal Constitucional, “la incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados”²⁷.

Ante situaciones de igualdad, “la norma debe de ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten desigualdades”, así, *sensu contrario*, ante dos situaciones diferentes, se permite que la norma contenga una regla distinta²⁸. El principio de igualdad carece, por tanto, de carácter absoluto.

Es por ello que, en el ámbito concreto de las políticas activas, se toma como punto de partida la desigual situación de un colectivo concreto (en el caso de la *Ley Integral* la igualdad de género en las relaciones de afectividad) y se adoptan una serie de medidas

²⁵ STC 34/1981.

²⁶ Artículo 9.2. de la Constitución Española.

²⁷ STC 216/1991.

²⁸ STC 75/1983.

que reequilibren esa situación y la igualen, de modo real y efectivo, con el fin de evitar que se traten por igual situaciones que son distintas o disimiles desde el punto de vista del ordenamiento²⁹.

Es relevante recordar aquí que, la referencia al sexo en el artículo 14 CE, implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, habilitando la potencial inconstitucional ideal de una diferenciación normativa basada exclusivamente en dicho criterio. Con todo en la perspectiva del artículo 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer³⁰.

Ello tiene su reflejo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Concretamente en su artículo 23, que, tras proclamar que la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, incorpora un significativo segundo párrafo en el que se afirma textualmente que *“el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”*³¹.

No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre sexos, no debe desconocerse que han sido las mujeres el grupo objeto de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión con el artículo 9.2 C.E, la adopción de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y trato entre hombres y mujeres. De modo que, la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres socialmente desfavorecidas y los hombres para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de ésta³².

Está claro que, hoy por hoy, siguen siendo las mujeres quienes ocupan una posición de inferioridad con respecto a los hombres en la mayor parte de los ámbitos en que ambos interactúan. Y, entre ellos, por supuesto, se encuentra el tipo de violencia que se intenta paliar mediante las medidas en forma de tutelas contenidas en la *Ley*

²⁹ RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.”, en BOIX REIG, F. J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *“La nueva Ley contra la Violencia de Género: LO 1/2004, de 28 de diciembre”*, Iustel, 2005, pp. 65 y ss.

³⁰ STC 2/1993.

³¹ Artículo 33 CDFUE.

³² SSTC 128/1987 y 19/1989.

Integral. Pero, y es este el tema central del trabajo, ¿justifica ese extremo la adopción de medidas que puedan llegar a quebrar el principio de igualdad con respecto al colectivo que, en este caso, se considera dominante?

La clave aquí está en comprender que, mediante estos dos preceptos (artículos 14 y 9.2. CE), lo que se intenta es alcanzar una igualdad material que tenga un reflejo efectivo en la sociedad, fomentada mediante la igualdad formal, a través de instrumentos jurídicos cuyo alcance y contenido todavía se hace difícil concretar. Esto nos sitúa ante una serie de incógnitas tales como ¿hasta dónde puede llegar la igualdad formal para conseguir esa igualdad material?, ¿cómo intervienen las políticas activas en los procesos sociales para conseguir una igualdad material?

Para ello, y siendo la misma una ardua tarea que corresponde interpretar a los Tribunales, se debe determinar, en el caso concreto, si las situaciones son disímiles o no a través de los diferentes métodos creados para indagar sobre la eventual quiebra del artículo 14 CE, entre los que se encuentra la racionalidad de la norma concreta. En palabras de JIMÉNEZ CAMPO “la igualdad que proclama el ordenamiento se resuelve en la exigencia de no diferenciar sin razón suficiente –no discriminar– entre situaciones de hecho, debiendo fundamentarse en tal sentido los elementos o puntos de conexión a los que quién hace la norma imputa ciertas consecuencias jurídicas” ; para ello, se debe proceder a la “búsqueda de la ratio de la diferenciación en la comparación directa entre supuestos de hecho, en la compulsa de sus rasgos de identidad y diferencia para calibrar, a partir de ellos, la subsistencia o no de la igualdad controvertida”³³.

Y ello porque el Tribunal Constitucional Español, aplicando la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la diferencia de trato, ha señalado que se produce una vulneración de la igualdad cuando se da un trato diferente en el marco de unas situaciones iguales o equiparables, cosa que no hace más que ratificar el carácter no absoluto de este principio.

Concretamente dice el Tribunal que

“Recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato

³³ JIMÉNEZ CAMPO, J., *op. cit.*, pp. 90 y 91.

contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos”³⁴.

Mismo esquema teórico siguen las Directivas comunitarias encaminadas a la efectividad del principio de igualdad de trato, que prohíben las discriminaciones por razón de sexo, a no ser que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo. En sentido análogo, cabe citar el apartado 2.2 de la Directiva 76/297/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002). En su artículo 2, tras afirmar que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, introduce una salvedad en los siguientes términos: "salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”³⁵.

Lo difícil resulta, entonces, determinar cuándo estamos ante dos situaciones iguales y cuándo, en contra de lo anteriormente expuesto, la diferenciación no tiene una justificación objetiva, razonable y proporcionada que haga que la igualdad en la ley no se vea quebrada por apoyarse en estos criterios.

³⁴ FJ 6 STC 122/2008.

³⁵ Artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997.

En este sentido, como premisa, hay que dejar claro que los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente y concurren en ellos factores que les impiden el igual goce de derechos³⁶. Es decir, no todos los ciudadanos ocupan la misma posición de partida en la estructura social y existen colectivos que, en virtud de la concurrencia en sus miembros de ciertos caracteres de identidad que le son propios, resultan minusvalorados por la cultura dominante y se sitúan en una posición subordinada en el reparto de roles sociales. Esta posición coloca a los miembros del grupo discriminado en una situación de partida desventajosa que produce un desequilibrio inicial que distorsiona los efectos del principio de igualdad formal.

El mandato de no discriminación neutraliza esa desventaja inicial que para ciertos grupos representan los caracteres de identidad que la sociedad minusvalora y se prohíbe fundar cualquier trato diferencial en alguno de esos caracteres distintivos, como es el sexo. En otros términos, se trata de garantizar la igualdad sustancial removiendo los obstáculos que supone para ciertos ciudadanos su pertenencia a ese grupo concreto.

La característica del mandato de no discriminación es su orientación unidireccional: se trata de medidas que, precisamente, protegen a una parte de las personas y con exclusión de otras³⁷. Por ello, y por el carácter intergrupar de la violencia de género, se explica y concede fundamento a la creación de políticas activas que tutelen de modo más intenso a la mujer. Sobre el mandato de no discriminación y la *Ley Integral*, hablaremos más extensamente en el punto 1.4.2.

³⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “*La discriminación en la jurisprudencia constitucional*”, en ALARCÓN CARACUEL, M. R., “*Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991: análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*”, Relaciones Laborales, 1993, p. 154.

³⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op.cit.*, p, 160, y MARTÍN VIDA, *op.cit.*, p. 135.

2.3. La estructura de la *Ley Integral*. Distribución sistemática de su contenido.

La *Ley Integral* se compone de setenta y dos artículos y se estructura en una Exposición de Motivos, un Título Preliminar, cinco Títulos, veinte Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y siete Disposiciones Finales.

El cuerpo normativo se inicia con una Exposición de Motivos que describe la gravedad y magnitud que ha obtenido la violencia ejercida sobre las mujeres y se recopilan los documentos internacionales que propugnan una reacción más global. Seguidamente, se presenta el contenido de la *Ley Integral*, aludiendo a sus aspectos preventivos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, lo que desarrolla pormenorizadamente al exponer y dar cuenta de su sistemática y articulado.

El Título Preliminar recoge el objeto de la ley³⁸ y los once principios rectores por los que se intentarán alcanzar los fines establecidos³⁹. Se plasman los objetivos a alcanzar y se proporciona una definición de lo que debe entenderse como violencia ejercida sobre las mujeres a efectos de la propia Ley⁴⁰.

El Título I, denominado “Medidas de sensibilización, prevención y detección”, contiene las medidas y planes de sensibilización que se crean con el fin de prevenir la violencia sobre las mujeres, como un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género o campañas de información y sensibilización, dirigidos tanto a hombres como a mujeres⁴¹. Deben introducir en el escenario social las nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

Sigue el Capítulo I con las medidas destinadas al medio educativo, en los artículos 4 a 9, y por las que se adoptan actuaciones tendentes a transmitir valores de respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres a lo largo del ciclo educativo (Educación Infantil, Educación Primaria, Bachillerato y Formación Profesional, Enseñanza para personas adultas y Universidades), así como a la referencia a la resolución pacífica de conflictos⁴².

³⁸ Artículo 1 de la *Ley Integral*.

³⁹ Artículo 2 de la *Ley Integral*.

⁴⁰ Artículo 1.1. de la *Ley Integral*.

⁴¹ Artículo 3 de la *Ley Integral*.

⁴² Artículo 4 de la *Ley Integral*.

En el Capítulo II, artículos 10 a 14, dedicado al campo de la publicidad y medios de comunicación, se declara ilícita la utilización de la imagen de la mujer como objeto de publicidad con carácter vejatorio o discriminatorio⁴³, regulándose de igual forma el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación de publicidad ilícita⁴⁴.

El Capítulo III cierra el Título I y afecta al ámbito sanitario. Se contemplan en sus dos únicos artículos actuaciones de detección precoz de la violencia sobre las mujeres por parte del sistema sanitario a través, fundamentalmente, de programas de sensibilización y formación a los profesionales sobre esta materia⁴⁵, así como la creación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud⁴⁶.

El Título II contiene los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género. Su Capítulo I desarrolla el derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita, con el fin de garantizar de forma efectiva los derechos constitucionales de las mujeres a la integridad física y moral y a la libertad y seguridad, y comprende los artículos 17 a 20 de la *Ley Integral*.

En los capítulos II y III, artículos 21 a 26, se definen los derechos laborales y prestaciones de Seguridad Social de las trabajadoras y funcionarias, entre las que se prevén la adaptación y reducción de la jornada laboral, la suspensión y extinción del contrato de trabajo, la movilidad geográfica, y la inclusión, en el marco del Plan de Empleo del Reino de España, de un programa de acción específico para las víctimas de violencia sobre las mujeres que estén en situación de desempleo.

El capítulo IV (artículos 27 y 28) garantiza a las víctimas que carezcan de recursos económicos ayudas para supuestos en que se estime que la víctima no va a mejorar de forma sustancial su empleabilidad.

El Título III está dedicado a la Tutela Institucional y se crean dos órganos administrativos: La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer⁴⁷ y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer⁴⁸, ambos adscritos al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Se prevé la elaboración de planes de colaboración que garanticen la ordenación de las actuaciones de los poderes públicos,

⁴³ Artículo 10 de la *Ley Integral*.

⁴⁴ Artículo 12 de la *Ley Integral*.

⁴⁵ Artículo 15 de la *Ley Integral*.

⁴⁶ Artículo 16 de la *Ley Integral*.

⁴⁷ Artículo 29 de la *Ley Integral*.

⁴⁸ Artículo 30 de la *Ley Integral*.

que deberán implicar a las Administraciones Sanitarias, Administración de Justicia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y servicios sociales de atención⁴⁹.

La “Tutela Penal” establecida en el Título IV modificó el Código Penal en lo relativo a los siguientes preceptos: el delito de lesiones (artículo 148 4º y 5º CP), el delito de malos tratos ocasionales (artículo 153.1. CP), las figuras de amenazas y coacciones leves (artículos 171.4 y 172.2. CP respectivamente), el delito de quebrantamiento de condena y medida cautelar (artículo 468 CP) y las normas de la suspensión y sustitución de penas⁵⁰. Se endurecieron las penas en comparación con las existentes en los antiguos preceptos relativos a la violencia doméstica y se ofreció una respuesta más inmediata ante la denuncia de la víctima con la implantación de medidas de protección provisionales hasta la celebración del juicio. Todo ello con la introducción de una agravante de género: “Si la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia...”.

Por último, el Título V establece una “Tutela Judicial” a través de la cual se intenta garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares. Se compaginan, en los ámbitos civil y penal, medidas de protección a las mujeres y a sus hijos e hijas, y medidas cautelares para ser ejecutadas con carácter de urgencia.

El Capítulo I recoge una de las novedades más destacadas de la Ley: La especialización dentro del orden penal, de los jueces de instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Estos juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede⁵¹. Los Capítulos II y III contienen normas procesales civiles y penales: se contempla la pérdida de competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer⁵². En segundo lugar, se establecen las medidas de competencias en el orden penal⁵³, la competencia territorial⁵⁴ y la competencia por conexión⁵⁵.

⁴⁹ Artículos 30 y 31 de la *Ley Integral*.

⁵⁰ Artículos 33 a 42 de la *Ley Integral*.

⁵¹ Artículos 43 a 56 de la *Ley Integral*.

⁵² Artículo 57 de la *Ley Integral*.

⁵³ Artículo 58 de la *Ley Integral*.

⁵⁴ Artículo 59 de la *Ley Integral*.

⁵⁵ Artículo 60 de la *Ley Integral*.

Se regulan expresamente las medidas de protección que podrá adoptar el Juez contra la violencia sobre la mujer en el Capítulo IV en los artículos 51 a 59 y se opta por la delimitación temporal de estas medidas hasta la finalización del proceso. Sin embargo, también se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad.

Se contemplan, asimismo, normas que afectan a las funciones del Ministerio Fiscal y se crea la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y una Sección equivalente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscribirán Fiscales con especialización en la materia (Capítulo V). Los Fiscales intervendrán en los procedimientos penales cuya competencia esté atribuida a los Juzgados contra la Violencia sobre la Mujer, además de intervenir en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o guarda y custodia de los hijos menores en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos ⁵⁶.

Se establecen, por tanto, los siguientes puntos relevantes:

- Medidas de sensibilización, prevención y detección en el ámbito educativo, en ámbito de la publicidad y medios de comunicación, y en el ámbito sanitario.

- Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género: derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita, derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social y derechos de las funcionarias públicas.

- Una Tutela Institucional a través de la creación de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, la actuación de las unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como los planes de colaboración previstos en la Ley.

- Una Tutela Penal concretada mediante la agravación de las conductas delictivas que contengan agravante de género.

- Una Tutela Judicial por la que se crearon los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, además de la introducción de normas procesales especiales, tanto civiles como penales, y medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas.

⁵⁶ Artículos 70 a 72 de la *Ley Integral*.

No resulta novedoso decir que, *Ley Integral*, ambiciona un régimen jurídico global para un fenómeno social que, por su propia naturaleza, abarca ámbitos regulados desde diferentes ámbitos normativos (penal, procesal, administrativa o laboral...). Para ello, el legislador dispone de dos modelos o técnicas: “crear una ley integral que codifique toda las normas aplicables a dicho fenómeno en un solo texto, que adquiere así una cierta autonomía por razón de la materia, o aprobar una ley de medidas que introduzca modificaciones parciales en cada una de las leyes sectoriales”⁵⁷.

En el presente caso, se sigue un modelo mixto, algo que sí resulta sumamente novedoso en la trayectoria legislativa española. Por un lado, la extensión y la estructura de la *Ley Integral* apuntan que posee una pretensión codificadora mediante la que se agrupa en un solo cuerpo normativo todo lo relativo a la protección de los derechos y tutelas de la mujer. Por otro lado, se auto-proclama como una ley *de medidas de protección integral* cuyo efecto inmediato fue reformar un gran número de leyes sectoriales y normas preexistentes. Se trata de una técnica legislativa original que utiliza instrumentos cruzados o de transversalidad, “de tal modo que un número muy amplio de instituciones jurídicas y de textos legales se analizan desde el punto de vista de su relación o impacto con el problema que se combate”⁵⁸.

Si bien, la técnica jurídica es mejorable en cuanto a la ubicación de las modificaciones ya que el articulado contempla la enunciación de principios, derechos y actuaciones que deben llevarse a cabo mientras que las Disposiciones Transitorias materializan los contenidos ya enunciados en forma de modificaciones a la redacción de la legislación vigente en la materia –en este sentido, la Disposición Adicional tercera sobre la modificación de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, la Disposición Adicional cuarta sobre la modificación de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo,... y así sucesivamente hasta la Disposición Adicional duodécima, de modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal-. Ello obliga a “una lectura o análisis en paralelo de los artículos y sus correspondientes disposiciones que, en ocasiones, puede generar cierta confusión en los destinatarios de la norma”⁵⁹. Sería mas adecuado incluir las modificaciones de las leyes y normas en el articulado.

⁵⁷ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, p. 7.

⁵⁸ Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, p. 13.

⁵⁹ Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, p. 14.

2.4. La constitucionalidad de la *Ley Integral*.

Una vez estudiados los preceptos básicos del principio de igualdad consagrado en nuestra constitución y la estructura de la *Ley Integral*, podemos cuestionarnos la intervención normativa de carácter multidisciplinar e integral que la misma ha supuesto desde la óptica, precisamente, de su encaje constitucional.

Pues bien, como hemos visto, la misma se encuentra articulada mediante un sistema de tutelas en clave de perspectiva de género y con las que se intenta, bien paliar (tutelas punitivas y judicial), bien prevenir (tutela educacional, publicidad y medios de comunicación, sanitaria, laboral e institucional), la violencia de género.

Sin embargo, únicamente se cuestionó la constitucionalidad de la respuesta punitiva en lo que a la creación de las agravantes de género se refiere, lo cual dio lugar a una fuerte contestación por parte de amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia. Sintetizaron sus críticas en la especial protección que se otorgaba a la mujer, por considerar que vulneraba el derecho a la igualdad recogido en el artículo 14 CE. Nótese que, la mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad contra la el cuerpo normativo fueron impulsados por órganos jurisdiccionales que entendieron vulnerado el principio de igualdad porque el incremento punitivo iba dirigido únicamente a los hombres⁶⁰.

La principal manifestación del Tribunal Constitucional sobre la *Ley Integral* se contiene en STC 59/2008⁶¹ ya que, aunque ha habido sentencias posteriores sobre otros preceptos del Código Penal que incluyen agravante de género, todas se han referido en su argumentación la doctrina allí contenida, por ser la que aborda la problemática más minuciosamente al tratarse de un proceso de inconstitucionalidad⁶².

La duda de constitucionalidad se suscitó, en primer lugar, pues posteriormente se recurrieron otros preceptos punitivos, en el primer inciso del párrafo 1 del artículo 153 CP, en cuanto hace referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente, masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión que constituye uno de los términos de la alternativa y de la pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento,

⁶⁰ LAURENZO COPELLLO, P., “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXV, 2015, p. 787.

⁶¹ STC 59/2008

⁶² Véase SSTC 83/2008 sobre el artículo 153.1. C.P.; 165/2009 sobre el artículo 171.4 C.P.; y 41/2010 sobre el artículo 148.4 C.P.

con los efectos reflejos correspondientes descritos en cuanto a la agravación del párrafo 3, a la atenuación del último párrafo y al régimen de alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad. No se discute, por tanto, la referencia a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

A efectos ilustrativos, la redacción actual del artículo 153.1 CP es la siguiente:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpearle o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”⁶³.

Se argumentaba por los recurrentes que la norma cuestionada establece una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo (hombre) y pasivo (mujer) no justificada suficientemente por el legislador y que, por tanto, no satisfacía las exigencias de los artículos 14, 24.2. y 10 CE. Y ello porque no podía reconocerse un criterio objetivo suficientemente razonable, de acuerdo con los criterios o juicios de valor generalmente aceptados en la argumentación jurídica.

Merece la pena recordar aquí que, lo que se exige a través del principio de igualdad no es vedar cualquier tipo de diferenciación en la ley, sino que dicho tratamiento diferenciado, incluso de supuestos de hecho iguales, tenga una justificación objetiva y razonable, y no posea unas consecuencias desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida por tal diferenciación.

En este caso, el precepto cuestionado persigue prevenir las agresiones que se producen en el ámbito de las relaciones afectivas como una manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto por considerar que es necesario proteger a la mujer en dicho ámbito justificado porque sus bienes básicos (vida, integridad física y

⁶³ Artículo 153.1. CP.

salud), así como su libertad y dignidad no se encuentran suficientemente protegidos en la legislación penal existente –a juicio del legislador-.

Y ello porque el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. De manera que no toda desigualdad de trato normativo de una determinada materia supone una infracción del artículo 14 CE, sino tan solo las que produzcan una diferencia de trato entre situaciones que sean iguales y sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello⁶⁴. Aquí está entonces, la clave.

El órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad argumentó que la norma antidiscriminatoria tiene una finalidad legítima, pero la forma en que se ha articulado no justifica el trato diferenciado que, en sus palabras, introduce la norma cuestionada en cuanto que, “dicha desigualdad, por la naturaleza penal de la norma y no por la incidencia punitiva concreta significa un coste fáctico inasumible para los valores constitucionales”⁶⁵. Comete aquí una contradicción el órgano promotor en su hilo argumentativo en donde ha basado en todo momento la inconstitucionalidad de la *Ley Integral*, precisamente, en las consecuencias punitivas concretas (diferencia de trato punitivo) que poseen los tipos agravados en comparación con los tipos de violencia doméstica –en el escrito presentado por el órgano promotor, resumido por el TC a lo largo de la sentencia, se argumenta en todo momento que, la distinción que realiza el artículo 153 CP al establecer una pena de prisión de 6 meses a un año cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, en comparación con la pena de prisión establecida de 3 meses a un año cuando la víctima fuere cualquier otra persona perteneciente al círculo familiar, no tiene encaje constitucional-.

El Tribunal Constitucional, comienza ciñendo su pronunciamiento a si se “han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa”, y no, en cuanto a su “eficacia o su bondad”, ni tampoco respecto al “grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción” y ello porque esa labor compete en exclusiva al legislador⁶⁶.

⁶⁴ SSTC 22/1981, 49/1982, 117/1998, 200/2001, 39/2002, 41/2013, entre otras muchas.

⁶⁵ STC 59/2008.

⁶⁶ FJ 6 STC 59/2008.

Lo que se debe determinar, por ser intrínseco al principio de igualdad, es si la norma es objetiva –lo cual el Tribunal da por hecho considerando que es indudable su carácter general y abstracto- y razonable, procediendo, por tanto, y habiendo descartado el análisis sobre su objetividad, a los análisis de razonabilidad de la diferenciación y falta de desproporción de sus consecuencias, distinguiendo entre la legitimidad del fin de la norma y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada⁶⁷.

Es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida y se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Con ese fin, el TC matiza la doctrina relativa a la diferencia de trato en los siguientes consideraciones:

-“No toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable

-El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional

-El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados

-Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”⁶⁸.

⁶⁷ STC 59/2008.

⁶⁸ SSTC 76/1990 y 253/2004

2.4.1. Razonabilidad de la diferenciación normativa y desproporción de sus consecuencias

Pues bien, en el caso concreto de la *Ley Integral*, respecto a la razonabilidad de la diferenciación normativa entre el apartado 1 del artículo 153, en donde se acotan los sujetos activo y pasivo, y el apartado 2 de dicho artículo, en donde no se produce tal acotamiento, pudiendo ser sujeto activo y pasivo hombre o mujer indistintamente, el Tribunal Constitucional justifica la misma por medio de los siguientes extremos:

En primer lugar, declara que, dicha razonabilidad no solo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación, en cuanto que, “no solo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos [...] sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora”⁶⁹. En este punto, se formula una interpretación por el Tribunal Constitucional clave para resolver la adecuación a la constitución del precepto cuestionado, ya que considera que no sólo la norma contiene una diferenciación respecto del autor del ilícito penal, necesariamente hombre para poder aplicar el tipo, sino que, de igual manera, se diferencia el sujeto pasivo al afirmar la norma que únicamente podrá ser víctima quien tenga condición de mujer, añadiendo que dicha diferenciación se hace en orden a la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con dicha conducta delictiva justificándose en ese extremo ambas diferenciaciones:

“No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto”⁷⁰.

Y sigue dicha línea argumentativa considerando que dicha inserción supone una mayor lesividad para la víctima. Lesividad que, pivota sobre dos aspectos: el primero, en cuanto a su seguridad, disminuyendo las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser agredida de nuevo; el segundo, en cuanto a su libertad, la libre

⁶⁹ FJ 9 STC 59/2008.

⁷⁰ FJ 9 a) STC 59/2008.

conformación de su voluntad, restringiendo el efecto intimidatorio de la conducta agresiva del varón hacia la mujer.

Respecto al uso del término “género” considera el Tribunal que “no se trata de una discriminación por razón de sexo” ya que “no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”, y lo más importante, “la sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima, ni por razones vinculadas a su propia biología”, sino que “se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación especialmente lesiva de violencia y desigualdad”⁷¹.

Se concluye respecto a la tercera exigencia del principio de igualdad, esto es, que la diferenciación no conduzca a consecuencias desproporcionadas, y tomando como baremo de la relación de proporcionalidad el contenido mínimo de ambos preceptos, que no se puede apreciar entre ellos un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ya que, desde el punto de vista punitivo, la diferencia entre el apartado primero y el apartado segundo del artículo 153 CP –y que, recordemos, es aplicable también, como veremos más adelante, al resto de tipos penales afectados por la reforma introducida por la *Ley Integral*- es mínima.

Por todo lo anteriormente expuesto el TC desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 153.1. CP, y por ende del resto de preceptos modificados por la *Ley Integral*, dado que la diferencia incluida no infringe el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, ni los controles que el mismo exige: Las previsiones normativas responden a un fin legítimo, resulta razonable y las consecuencias jurídicas de las normas no son desproporcionadas.

⁷¹ FJ 9 c) STC 59/2008.

2.4.2. *La Ley Integral y el mandato de no discriminación*

Sobre las bases teóricas y jurisprudenciales que se acaban de exponer, corresponde preguntarse ahora si, tal como han planteado ciertos sectores jurídicos, la decisión de los poderes públicos de conceder una tutela penal reforzada a la mujer frente a los actos de violencia de género supone una violación del mandato constitucional de no discriminación.

Dos son las críticas fundamentales vertidas sobre la tutela penal de la *Ley Integral*. Por un lado, la punición más severa al hombre cuando adopta el papel de sujeto activo de los tipos penales que contienen agravante de género. Por otro lado, la exclusión del catálogo de sujetos pasivos amparados, de nuevo, por las nuevas agravantes. Es decir, sus conductas se ven agravadas, supuestamente, por su condición de varón, y, además, se ven menos protegidos en comparación con la mujer.

Aquí, siguiendo a LAURENZO COPELLO, y lo dicho en 1.2. sobre el término de comparación, “sólo cabe discutir la legitimidad de unas figuras destinadas a proteger de modo más intenso a la mujer frente a ciertos actos de violencia de sus parejas si se niega la premisa legitimadora de tal medida, que no es otra que el reconocimiento de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres”. Sólo cuando se niega esa posición subordinada de la mujer respecto al varón en el contexto social y, por el contrario, se parte de una pretendida paridad entre hombres y mujeres, tiene sentido que se reclame el trato igualitario entre todos ellos frente a eventuales actos mutuos –e indiferenciados- de violencia⁷².

Este razonamiento se percibe con total nitidez en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la *Ley Integral*, en donde se admiten las relaciones de subordinación de las mujeres hacia sus parejas masculinas, pero no como manifestación de un patrón general de comportamiento basado en pautas sociales de conducta, sino como hechos individuales reconducibles únicamente a las características de cada pareja –en palabras del CGPJ: “el hombre y la mujer parten de la misma situación de tutela por el derecho, no hay una desventaja inicial, luego no se explica un tipo penal diferente que otorgue una súper protección de la libertad de la mujer”⁷³-. Sólo entendiendo así la problemática se postula la posibilidad inversa, esto es, que sea

⁷² LAURENZO COPELLO, P., “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, op. cit., p. 14- 19.

⁷³ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Integral. p. 22.

el varón quién, bajo presupuestos idénticos, ocupe la posición subordinada respecto a la mujer que impregne la presunta agresión.

Este razonamiento yerra en cuanto niega las diferencias de partida entre hombres y mujeres basándose de modo exclusivo en la igualdad de derechos ante la ley. No se cuestiona que el derecho positivo haya proclamado hace ya tiempo la igualdad formal entre todos los ciudadanos –igualdad que, por otro lado, las acciones positivas tutelan e intentan restaurar-, sino que la problemática radica en que esa igualdad jurídica no se corresponde con la realidad fáctica y, por ello, la igualdad formal como punto de partida lo es sólo con aquél alcance. Para una igualdad real y efectiva, se hace necesario intervenciones normativas que hagan real lo formalmente declarado y tenido por jurídicamente correcto

Concluye el Consejo General del Poder Judicial su postura diciendo que el único dato distintivo de la violencia de género es de naturaleza cuantitativa o estadístico y sólo se diferencia de las agresiones que sufren los hombres a manos de sus parejas de sexo femenino en que es mayor el número de mujeres maltratadas que el de varones en circunstancias semejantes⁷⁴.

La doctrina cuestiona ésta apreciación, dado que el problema de este tipo de razonamientos se encuentra en la negativa a admitir que la violencia de género constituye una categoría específica de violencia, que se encuentra definida y aceptada por multitud de Organismos Internacionales –véase la definición que hace las Naciones Unidas al respecto⁷⁵ o el Parlamento Europeo⁷⁶-. Con estos y muchos otros instrumentos internacionales que avalan la especificidad de la violencia contra las mujeres, resulta dudoso el empeño en sostener que se trata únicamente de un asunto estadístico⁷⁷. La postura cuestionada olvida que es una violencia intrínsecamente asociada a los vínculos de poder que ocupan los varones en la estructura social y que, precisamente por eso, carece de paralelo en el sexo masculino.

Muy acertadamente, BARRERE URUNZUETA, afirma que “la legitimación de un trato jurídico diferenciado hacia la mujer fundado en el reconocimiento de diferencias estructurales entre hombres y mujeres tiene el

⁷⁴ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Integral. p. 39.

⁷⁵ Declaración sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

⁷⁶ Resolución del Parlamento Europeo A4-250/1997 sobre una campaña europea sobre la tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres.

⁷⁷ LAURENZO COPELLO, P., “*La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político-criminal*”, *op. cit.*, p. 15.

inconveniente de poner en evidencia la falacia del modelo aparentemente universalista sobre el que se asienta todo el sistema jurídico, un modelo que pretende mantener la abstracción jurídica que nos hace iguales a todos pese a estar construido sobre los caracteres exclusivos –y excluyentes- del grupo que ostenta el poder”⁷⁸.

Pero, aún cuando a efectos argumentativos aceptáramos que se tratare de un problema meramente estadístico, las estadísticas del último trimestre de 2018 son demoledoras e indican lo siguiente (estadísticas consultadas en la base de datos estadísticos del CGPJ):

-En los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se enjuiciaron a 5.297 varones y 40 mujeres: El 99,25% de los actos violentos registrados en el ámbito familiar enjuiciados en los JVM tienen como víctima a mujeres, frente a un 0,75% de víctimas hombres.

-En los Juzgados de lo Penal, se enjuiciaron a 5.396 varones y 92 mujeres: El 98,3% de los actos violentos registrados en el ámbito familiar enjuiciados en los Juzgados de lo Penal tienen como víctima a mujeres, frente a un 1,7% de víctimas hombres.

-En las Secciones Especializadas de Violencia de Género de las Audiencias Provinciales, se enjuiciaron a 57 varones y 0 mujeres: El 100% de los actos violentos registrados en el ámbito familiar tienen como víctima a mujeres⁷⁹.

El porcentaje de los actos violentos registrados en el ámbito familiar que tienen como víctima a mujeres es inequívoco. Una diferencia tan abrumadora es algo más que una mera invitación a pensar en alguna causa específica generadora del fenómeno que se encuentra asociada a la condición femenina del sujeto pasivo y masculina del sujeto activo.

Esto nos hace concluir que, lo propio del juicio de igualdad, es su carácter relacional y requiere, como presupuesto obligado, que como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de

⁷⁸ BARRERE UNZUETA, M.A., “De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español”, Jueces para la democracia, núm. 51, 2004, p. 27.

⁷⁹ Informe Trimestral sobre Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial. Tercer trimestre de 2018, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Tercer-trimestre-de-2018> (a 4-12-18).

trato entre grupos o categorías de personas, así como que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean homogéneas o equiparables⁸⁰.

En este caso concreto, se trata de situaciones diferentes, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado: no se trata de negar la existencia de agresiones de mujeres hacia hombres en el ámbito de una relación de pareja, que como hemos visto son casi nulas, sino de hacer patente que la violencia de género posee unas características propias e inherentes que no pueden ser equiparadas a la posible violencia que puedan llegar a padecer los hombres de sus parejas mujeres.

Esta afirmación encuentra su razón de ser en el hecho de que, aun cuando se dan el tipo de agresiones anteriormente expuestas, el patrón conductual dominante en la mujer no es el de someter al hombre por el simple hecho de ser hombre, desde una postura de superioridad, como sucede en el caso contrario.

A ello se suma que el refuerzo de la tutela penal no merma la protección de los varones por parte del ordenamiento punitivo, ya que no se priva de protección frente a las mujeres sino que se parte de la suficiencia de las normas penales generales para garantizarles una tutela adecuada frente a eventuales agresiones de sus parejas. De ahí que no se les incluya en una estrategia preventiva pensada para proteger a quienes se encuentran expuestas a un riesgo superior.

Las agravaciones no se aplican en función de las características del autor del delito sino de unas circunstancias concretas y específicas asociadas de modo exclusivo al sujeto pasivo y que, por el contrario, no poseen los sujetos activos, lo que provoca que no puedan ser incluidos en dicho precepto por no tener esas similitudes con el colectivo que se intenta proteger. No se trata, en consecuencia, de agravaciones automáticas basadas en el dato meramente objetivo del sexo del autor.

Cabe concluir, entonces, que estas medidas no quitan protección al género masculino, no dejan indefenso al hombre ni le discriminan, puesto que lo que aumenta la pena en los casos de los artículos 148.4 o 153.1 del Código Penal no es el género del agresor sino la condición de víctima. Además, en los casos de maltrato habitual la *Ley Integral* no ha modificado el contenido del artículo 173.2 en el que resulta indiferente el género del sujeto pasivo. Por todo ello, las medidas previstas en la *Ley Integral* para combatir la violencia de género son legítimas y conformes a nuestra Constitución⁸¹.

⁸⁰ SSTC 148/1896, 29/1987, 181/2000, 1/2001, 200/2001, 125/2003, 75/2011.

⁸¹ GAVILÁN RUBIO, M, op. Cit., pág 94.

III. LA LO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: UN ANÁLISIS DE LA LEY INTEGRAL Y SU TUTELA PENAL

3.1. Objeto de la *Ley Integral*

La *Ley Integral* entiende que la violencia objeto de la ley es aquella que “como *manifestación* de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”⁸².

No obstante, el Anteproyecto de la *Ley Integral* contenía otra definición y consideraba que la violencia combatida en la ley era aquella que afecta a las mujeres “como *instrumento* para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”⁸³. Esta definición fue modificada a raíz de las críticas recibidas por la utilización de la palabra *instrumento* al considerarse como una definición de índole finalista, “que, entendida en sentido estricto, obligaría a indagar las intenciones de los autores de un acto violento para decidir si éste está comprendido en el ámbito de aplicación de la nueva Ley”⁸⁴, y ello sería contrario a la doctrina del Tribunal Supremo que considera que no es necesario probar la intencionalidad del sujeto activo⁸⁵.

El debate se focalizó en el eco negativo que en la aplicación de la Ley podía conllevar la dificultad de probar el elemento subjetivo intencional de emplear la violencia con determinados fines. Así, se sustituyó el término finalista *instrumento* por el más objetivo de *manifestación*: “[...] fue sustituida por una definición descriptiva de las circunstancias que subyacen en la violencia de género, tales como la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, al margen de cualquier referencia a elementos subjetivos o intencionales”⁸⁶.

Y ello porque tener que probar la intención del sujeto activo del ilícito en estos supuestos es un planteamiento inadecuado e innecesario ya que no es fácil determinar

⁸² Artículo 1.1. de la Ley Integral. Cursiva añadida.

⁸³ Artículo 1.2. del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres. Cursiva añadida.

⁸⁴ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, p. 8.

⁸⁵ STC 41/2010

⁸⁶ Circular N° 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, p. 21.

cuándo la violencia sirve de instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder, ni es posible, en la mayor parte de los casos, aislar la finalidad objetiva de la finalidad subjetiva que persigue el autor de la violencia y determina su acción⁸⁷.

En definitiva, sería contraproducente a los intereses que precisamente intenta tutelar la *Ley Integral*. Por ello, “la Ley opta por una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cual sea la motivación o la intencionalidad del agresor”⁸⁸, eliminando, así, toda referencia a la intención finalista del mismo.

La definición que tomaremos como referencia es la dada por la Declaración de Naciones Unidas del año 1993, que considera que la violencia de género es “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer”⁸⁹. Por su parte, la violencia de género a la que se refiere la *Ley Integral* “comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”⁹⁰.

Es decir, el artículo 1 de la *Ley Integral* no solo define la violencia de género sino que proporciona, además, una definición general de los actos de violencia. Resulta notable que la Ley incluya en su artículo primero, dentro de todo acto de violencia física y psicológica, cuatro actos concretos (agresiones a la libertad sexual, amenazas, coacciones y privación arbitraria de libertad) y excluya de modificación alguna a aquellos tipos penales que contienen los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales⁹¹ o los delitos relativos a las detenciones ilegales y secuestros⁹².

Ahora bien, cierta parte de la doctrina considera con la elección de los tipos penales se puso de manifiesto que la orientación político-criminal de la *Ley Integral* no se evidenció de modo sistemático en el tratamiento penal de todas las conductas relacionadas con la violencia de género sino que el endurecimiento punitivo afectó

⁸⁷ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, p. 8.

⁸⁸ Circular N° 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, p. 20.

⁸⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993.

⁹⁰ Artículo 1.3 de la *Ley Integral*.

⁹¹ Título VIII CP.

⁹² Capítulo I, Título VI CP.

únicamente a aquellas conductas que el legislador consideró que se dan con mayor frecuencia, excluyendo de la modificación a los delitos contra la vida, la libertad sexual, los delitos más graves de lesiones o de violencia habitual. Ello nos lleva a entender que el legislador ha quiso “reforzar la protección penal de las víctimas de violencia de género frente a las primeras manifestaciones de la espiral de violencia”⁹³.

Ley Integral “no ha de entenderse tanto como la definición de un concepto jurídico-penal nuevo, sino como un concepto social y cultural más amplio que recoge la definición consolidada internacionalmente de lo que es violencia de género, aunque a diferencia de los instrumentos supranacionales y autonómicos, la circunscribe, por los motivos anteriormente expuestos, a la relación específica de pareja”⁹⁴.

Desde esta óptica, cuando el artículo 1.3 de la *Ley Integral* recoge la descripción de las formas de violencia de género que suelen figurar en los instrumentos internacionales, no debe buscarse en ellas una exacta correlación con la terminología de las figuras penales propias de nuestro Código Penal. Si bien, sería adecuado que, o bien lo explicaran en la Exposición de Motivos o incluso en el propio articulado, o bien suprimieran dichas causas.

Lo que queda claro es que el legislador adopta un tratamiento de la violencia de género como una manifestación del desequilibrio en las relaciones de poder entre hombre y mujer en los diversos ámbitos de la vida social entre ambos, y, sobre todo, respecto a la perspectiva de género adoptada para proteger únicamente a la mujer. Dos son los interrogantes que pueden surgir al respecto: El primero de ellos, en cuanto al enfoque limitado que contiene *Ley Integral* en confrontación con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, cuestión de sobra comentada en este trabajo. El segundo, en lo relativo a la posible desprotección de terceros que también son víctimas colaterales de este tipo de violencia y que carecen de medidas protectoras similares a las de la mujer, como por ejemplo pueden ser los hijos de las mujeres víctimas.

Lo que se discute no es el objeto de la *Ley Integral*, siendo adecuado que sea este tipo de violencia contra las mujeres, sino la falta de medidas a favor de terceros afectados que lo son, precisamente, como reflejo y a consecuencia de su relación con las éstas. Se debe proporcionar a este tipo de víctimas una protección más acorde al

⁹³ Circular N° 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pp. 21 y 22.

⁹⁴ Circular N° 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, p. 22.

correlativo peligro que conlleva su posición, más allá de la referencia que se realiza en el Código Penal a la *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor* –sobre todo porque esta figura jurídica no protege automáticamente a todo menor involucrado en las relaciones entre hombre autor y mujer víctima, sino única y exclusivamente a aquellos menores que entren dentro de los patrones necesarios para su aplicación–.

Debe hacerse un cambio en la materia más allá de la realizada por los diferentes protocolos en la materia. Y ello porque los Instrumentos Internacionales en que se apoya la *Ley Integral* tienen en cuenta la protección de estas víctimas indirectas o mediatas de la violencia ejercida contra la mujer. No se pretende que estos sujetos pasen a formar parte del tipo penal de violencia de género que, como ya hemos visto, no sería posible, sino que, una Ley que se autoproclama en su título como integral, no desconozca, en cuanto a su protección, de una realidad paralela tan usual en la vida práctica de este tipo de violencia.

Y ello porque a diferencia de lo ocurrido en la Tutela Procesal, no se han incluido a los descendientes menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer dentro de los sujetos pasivos protegidos con la reforma, salvo que en atención a sus circunstancias personales puedan ser encuadrados dentro de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, y ello no porque se considere que necesitan una especial protección sino en el prevalimiento de la situación de superioridad que el sujeto activo utiliza para cometer el ilícito y dentro de lo que se entiende como violencia doméstica y no de género, es decir, fuera del ámbito de la *Ley Integral*.

El tipo de técnica legislativa empleada en la *Ley Integral* resulta eficaz en el tratamiento de la violencia de género pero plantea el inconveniente de que en determinados casos pueda dejar fuera del ámbito de las medidas protectoras a otras personas, víctimas asimismo de la violencia y de la relación que la mujeres tiene con su agresor. Si bien, no debe entenderse como un error en la opción del legislador en lo que respecta a la protección otorgada a las mujeres, sino como un efecto colateral que debería solucionarse mediante intervenciones puntuales en el articulado de la *Ley Integral*.

3.2. La Tutela Penal de la *Ley Integral*

Las normas de naturaleza penal sustantivas introducidas por la *Ley Integral* (Título IV, bajo la rúbrica “Tutela Penal”) podemos sistematizarlas del siguiente modo⁹⁵. De un lado, recogió las novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003 en lo relativo a la suspensión de la pena (artículo 83.1.6 CP), revocación de la suspensión (artículo 84.3 CP), sustitución de la pena (artículo 88.1 CP) y el quebrantamiento de condena (artículo 468.1 y 2 CP) y, por otro lado, fortaleció el marco penal vigente mediante una protección intensificada: la protección contra las lesiones (artículo 148 CP), la protección contra los malos tratos (artículo 153.1,2,3 y 4 CP), la protección contra las amenazas (artículo 171.4,5 y 6 CP), la protección contra las coacciones (artículo 172.2 CP), y la protección contra las vejaciones leves (artículo 620 CP). Además, se hace un mandato a la Administración Pública instando a la ejecución de programas específicos condicionales de la concesión de la prisión provisional.

A continuación, vamos a analizar los nuevos tipos delictivos, figuras agravadas y tipos privilegiados introducidos en el Código Penal respecto al maltrato simple, lesiones, amenazas y coacciones leves –artículos 153 CP, 148 CP, 171 CP y 172 CP- en comparación con los tipos homólogos de violencia doméstica, para proceder después a la comparación de sus consecuencias para los sujetos activos de ambos para, así, ver las diferencias que conlleva la aplicación de uno u otro.

Como premisa para facilitar el estudio se debe decir que los cuatro preceptos incluyen en sus diferentes apartados protección a los sujetos pasivos de la violencia contra las mujeres pero se incluye la misma protección a los sujetos pasivos de la violencia intrafamiliar –en algunos casos- y a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

La única diferencia estriba en la pena ya que, como hemos visto, los tipos de violencia de género se encuentran agravados en comparación con los tipos de violencia doméstica, siendo ese uno de los ejes de la problemática de nuestro estudio.

⁹⁵ GUIERREZ ROMERO, F. M., “La nueva Ley de Violencia de Género: Aspectos prácticos y sustantivos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1990, 2005, p. 19.

3.2.1. El artículo 153 CP. La protección contra los malos tratos.

La protección contra los malos tratos se ubicó en el artículo 37 de la *Ley Integral* y a través de ella se proporcionó al artículo 153 CP una nueva redacción con tipos penales nuevos. Quedó modificado desde dos ópticas distintas: por un lado, en lo que se refiere a la conducta delictiva, suprimiendo la consistente en amenazar a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, conducta que pasó a engrosar el tipo delictivo de amenazas del artículo 171 CP; por otro lado, en lo relativo a los sujetos pasivos, que, como veremos a continuación, “se distingue entre cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, y, por otra parte, cuando la víctima fuere alguna de las personas del artículo 173.2”⁹⁶.

La conducta tipificada en el artículo 153.1 CP consiste en “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”⁹⁷ y conforma el tipo agravado de maltrato. Esta modificación resultó de suma importancia al elevarse categoría de delito conductas que estaban contempladas como antiguas faltas en los derogados artículos 617.1 y 2 CP y, lo más importante, atendiendo al sujeto pasivo. Es decir, se trataba de elevar la sanción de estas conductas contra las personas en razón al círculo especial de los sujetos pasivos y su relación con el agresor⁹⁸.

Debemos acudir, por alusión, al artículo 147.2 CP el cual, por su parte, hace referencia al artículo 147.1 CP. De ese modo, el artículo 147.2. CP establece que “el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses”⁹⁹ mientras que el artículo 147.1 CP comprende la conducta del que “por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su

⁹⁶ GUIERREZ ROMERO, F. M., “La nueva Ley de Violencia de Género: Aspectos prácticos y sustantivos”, *op cit.*, p. 20.

⁹⁷ Artículo 153.1 CP.

⁹⁸ MAGRO SERVET, V., “Análisis del nuevo artículo 153 del Código Penal”, *La Ley Penal*, núm.1, 2004, p. 2.

⁹⁹ Artículo 147.2. CP.

salud física o mental [...] siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”¹⁰⁰. Por tanto, la conducta típica consiste en causar por cualquier medio o procedimiento menoscabo psíquico o una lesión no definida en el Código Penal como delito, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

Siguiendo el precepto transcrito, se debe atender a dos sujetos pasivos diferenciados: La mujer, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, y la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Su característica fundamental es la específica relación que vincula a los sujetos del delito al hacerse referencia expresa a la esposa o pareja, que dará lugar a que el sujeto pasivo sea el cónyuge, el ex cónyuge, la pareja de hecho, la ex pareja de hecho, con o sin convivencia. Como consecuencia fundamental de esta relación entre los sujetos, se recoge, con acierto, tanto las relaciones maritales como de convivencia como pareja de hecho e incluso de noviazgo y, en todos los casos, como relaciones presentes o de pasado¹⁰¹.

Además, se evidencia la utilización de términos contrapuestos en la descripción del ámbito subjetivo: “ofendida”, en género femenino, para el sujeto pasivo y “él”, en género masculino, para el sujeto activo, lo que determina que sujeto activo sólo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aún sin convivencia. Estamos ante la fórmula base de la regulación en materia de violencia de género.

Por tanto, otras posibles combinaciones en las que aparezcan implicados en los hechos objeto de persecución penal los sujetos previstos en el artículo 173.2 CP (sujeto activo mujer, sujeto pasivo mujer no vinculada al agresor por relación de pareja) quedarán relegados al apartado segundo del artículo 153 CP, en donde se regula el delito leve de maltrato familiar y cuya redacción es la siguiente:

“Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de

¹⁰⁰ Artículo 147.1 CP.

¹⁰¹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 58.

treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”¹⁰²

Es decir, que en el caso de que el sujeto activo fuese hombre y el sujeto pasivo fuese mujer, las penas aplicables serían pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Mientras que, si el sujeto activo fuese mujer y el sujeto pasivo fuese hombre, se aplicaría pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Se trata de una diferencia notable que el legislador siempre ha justificado, no solo en este precepto sino en todos los modificados por la *Ley Integral*, en el mayor desvalor que la conducta típica del apartado primero del artículo 153 CP posee respecto al apartado segundo. Lo que conlleva, desde esta tesis, que no se deje sin protección al hombre, como alegaban los que consideraban que estas reformas penales infringían el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, sino que simplemente se le otorgue una protección menor que a la mujer.

No podemos olvidarnos de la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Debiendo, como lectores, tener clara una premisa: aunque su ubicación se encuentre dentro del primer apartado del artículo 153 CP, se aplican las reglas correspondientes a violencia doméstica, por ser la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor sujeto pasivo de ese ilícito penal.

¹⁰² Artículo 153.2. CP.

Además, existe un problema claro a la hora de aplicar el tipo ya que la vulnerabilidad es una de las previsiones más confusas en la materia y su concepto no se encuentra recogido en lugar alguno del Código Penal o de la *Ley Integral*. Es cierto que algunos artículos del Código Penal, como el 180.3, 184.3 y 188.1, se refieren a la vulnerabilidad de la víctima pero siempre “por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, criterios más objetivos que los aportados por este precepto”¹⁰³.

Como una aproximación a lo que se puede considerar persona especialmente vulnerable que conviva con el autor podemos decir que la víctima de la violencia doméstica se encuentra en una situación de especial desprotección frente a los actos violentos realizados por otro miembro del grupo familiar y que, suele tener lugar sobre sus miembros más vulnerables, esto es, aquellos que se encuentran más desprotegidos frente a la conducta violenta de los más fuertes físicamente¹⁰⁴. Como consecuencia, la nota de especial vulnerabilidad es una plasmación de esa exigencia de concurrencia de una situación de dominación o de poder del sujeto activo sobre sujeto pasivo, propia de la violencia de género y de la violencia doméstica.

A este precepto hay que añadir, además, la exigencia de convivencia con el autor, requisito que, sin embargo, no es imprescindible respecto de la esposa o mujer pero que resulta lógico si se tiene en cuenta que esta medida está relacionada con la violencia doméstica y no con la de género. Aun así, no resulta preciso que la convivencia tenga carácter permanente y procede su aplicación en supuestos de acogida temporal que especialmente se producen con respecto a hijos o padres¹⁰⁵.

No vamos a entrar en profundidad en lo que la jurisprudencia ha considerado que debe entenderse por persona especialmente vulnerable, lo único que nos interesa aquí es que, a diferencia de lo que ocurre con la condición anterior, este grupo de sujetos no está condicionado ni por razón de sexo ni por una relación especial de parentesco o afectividad con el agresor, pudiendo ser tanto sujeto activo como pasivo hombre o mujer indistintamente. La única nota diferenciadora, como ya hemos visto, es que en este caso, como sucede con la totalidad de los tipos de violencia doméstica, se exige la nota de convivencia con el autor, al margen de la relación entre víctima y agresor.

Volviendo al análisis del artículo 153 CP, hemos visto la redacción del apartado segundo que establece el tipo básico del ilícito penal, pero no hemos visto las

¹⁰³ GAVILÁN RUBIO, M., *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁴ DELGADO MARTÍN, J., “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley Penal*, núm. 2, 2004, p. 40.

¹⁰⁵ GAVILÁN RUBIO, M., *op. cit.*, p. 94.

características del mismo. Aunque el artículo 153 CP fue modificado con la *Ley Integral*, el apartado segundo conserva en parte la antigua redacción del artículo 153 CP, manteniendo las penas en idénticos términos. La novedad estriba “en la exclusión del círculo de sujetos pasivos de este apartado de la mujer víctima de violencia causada por hombre al que le une, o ha unido, una relación afectiva de pareja y de las personas especialmente vulnerables que convivan con el agresor” y “en la reducción del ámbito objetivo de aplicación de la norma al quedar fuera las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos”¹⁰⁶.

Pues bien, en su vertiente práctica, se debe aplicar con carácter excluyente el artículo 153.1 CP cuando el sujeto pasivo sea mujer y el sujeto activo sea hombre y entre ambos exista o haya existido una relación afectiva de pareja, aun sin convivencia y el artículo 153.2 CP será de aplicación al resto de las relaciones previstas en el artículo 173.2 CP, incluidas las parejas homosexuales.

Hace falta recordar aquí, para facilidad del lector, que el artículo 153.2 CP se aplica si la víctima del delito es “alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo”, excepción realizada sobre las mujeres víctimas de violencia de género o sobre la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, ya que el artículo 172.2 CP regula el maltrato habitual, tanto en el ámbito doméstico como en el de violencia sobre la mujer, mientras que el artículo 153 regula el maltrato ocasional, contemplando también ambos extremos, por lo que se hace necesario diferenciar los sujetos pasivos.

El catalogo de sujetos pasivos del artículo 153.2 CP sería entonces el siguiente: descendientes, ascendientes o hermanos, por naturaleza adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, persona amparada por cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar del autor. En esta última circunstancia se encuentran amparadas las relaciones homosexuales o, en su caso, los hombres víctimas de lesiones por su pareja mujer.

Respecto a la comparación de penas, nos limitamos a lo dicho *supra* en lo relativo al primer apartado del artículo 153 CP.

Por último, el artículo 153.3 CP establece un tipo agravado para el caso de que “el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el

¹⁰⁶ Circular N° 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, p. 28.

domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”¹⁰⁷, imponiéndose las penas previstas en los apartados 1 y 2 en su mitad superior. Por su parte, el artículo 153.4 CP contiene un tipo privilegiado por el que, razonándolo en sentencia, los Jueces o Tribunales resulta especialmente novedoso y se concede una facultada “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”¹⁰⁸.

Sin entrar en un análisis exhaustivo de los mismos, resulta especialmente novedosos las facultades atribuidas a Jueces y Tribunales en el artículo 153.4 CP, sobre todo en comparación del carácter imperativo con el que está redactado el artículo 153.3 CP¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Artículo 153.3 CP.

¹⁰⁸ Artículos 153.3 y 4 CP.

¹⁰⁹ GUIERREZ ROMERO, F. M., “La nueva Ley de Violencia de Género: Aspectos prácticos y sustantivos”, *op. cit.*, p. 21.

3.2.2. El artículo 148 CP. La protección contra las lesiones

Siguiendo con el análisis de la *Ley Integral*, su artículo 36 modificó el delito de lesiones y se incorporaron nuevas agravantes específicas al artículo 148 CP, quedando así el artículo 147.1 CP como el tipo base de lesiones y el artículo 148 CP en su conjunto como el tipo agravado. De este modo, el artículo 148 CP contiene una referencia expresa a las lesiones del artículo 147.1 CP (“las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años”)¹¹⁰, que quedan agravadas en atención al resultado o riesgo producido. Los sujetos pasivos del artículo 148 CP se inspiran en el artículo 153.1 CP, pudiendo ser víctima una mujer, a través de la fórmula introducida por la *Ley Integral* o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor¹¹¹.

Concretamente, el artículo 148 CP contempla las siguientes circunstancias agravatorias: “1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado; 2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía; 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección; 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; 5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”¹¹².

Dado que se repite aquí el mismo patrón respecto a los sujetos pasivos y activos introducidos por la *Ley Integral*, idénticos argumentos se pueden usar entonces a los esgrimidos en relación a la interpretación del delito de maltrato agravado del artículo 153.1 CP, con la única consideración de que, a diferencia de aquél, la cualificación de los sujetos pasivos no conlleva la aplicación automática de la agravación prevista en los apartados 4 y 5 del artículo 148 CP, el cual sigue siendo de aplicación potestativa en la medida que el Tribunal la valore como determinante de una mayor gravedad¹¹³.

Ello conlleva un importante problema en su vertiente práctica: la agravación penológica no es ni automática ni impositiva, sino facultativa del juez, quién lo aplicará en atención al resultado o riesgo producido a aquellas lesiones para cuya curación se haya precisado, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o

¹¹⁰ Artículo 148 CP.

¹¹¹ Artículo 148.5º CP.

¹¹² Artículo 148 CP.

¹¹³ STS 730/2003

quirúrgico, y que no sean de menor gravedad, ateniendo al medio empleado y al riesgo producido y, siendo esto lo mas importante, sin que la concurrencia del mero dato subjetivo cualificador de la víctima genere su automática subsunción en el tipo.

Esto implica que, si por el resultado producido y el medio empleado, el Juez entiende que las lesiones sufridas por la víctima son de menor gravedad a los efectos del artículo 147.2 del Código Penal, no será aplicable la agravación prevista en el artículo 148.4 del Código Penal pues, como ya hemos dicho, ésta se refiere a las lesiones previstas en el artículo 147.1¹¹⁴.

Además, si se trata de una agresión cometida por quien sea o haya sido esposo o compañero sentimental de la víctima utilizando para ello armas, o con ensañamiento o alevosía, y causando un resultado del artículo 147.1 del Código Penal –una conducta bastante habitual en este tipo de ilícitos penales- nos encontraríamos ante una conducta subsumible en cualquiera de los párrafos primero, segundo o cuarto del artículo 148 del Código Penal. Es decir, puede generar un conflicto en la aplicación de las circunstancias genéricas de modificación de la responsabilidad criminal en el delito de lesiones del artículo 147.1. CP, por lo que se debe tener en cuenta que algunas de esas circunstancias genéricas se encuentran ya ínsitas en la descripción del tipo (circunstancia mixta de parentesco, alevosía...)¹¹⁵.

Por último, si nos fijamos en la comparación de penas entre el tipo básico y tipo cualificado de lesiones, vemos como en los tipos cualificados se castigará al agresor con pena de prisión de dos a cinco años en el artículo 148 CP mientras que el tipo básico, en donde no se tiene en cuenta el sexo de los sujetos intervinientes, se integra con unas penas de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, tal y como queda reflejado en el artículo 147.1 CP. Una diferencia sumamente notable, sobre todo en el tipo mínimo, que aumenta de tres meses a dos años.

¹¹⁴ PERAMATO MARTÍN, T., “Análisis de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: Cuestiones penales”, *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Granada, 23 y 24 de febrero de 2006, p. 15.

¹¹⁵ Circular Nº 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, p. 32.

3.2.3. Los artículos 171 y 172 CP. La protección contra las amenazas y coacciones

Avanzando en nuestro análisis, la sistemática seguida por el legislador a la hora de reformar el artículo 171 CP es exactamente idéntica a la que emplea al modificar el artículo 153 CP, pues incorpora tres apartados, numerados como 4, 5 y 6 que reproducen los homólogos del delito de maltrato simple. El artículo 171 CP quedó modificado por el artículo 38 de la *Ley Integral* y la acción tipificada consiste en amenazar levemente a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al hombre autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor¹¹⁶.

Por tanto, el artículo 171.4 tipifica como delito cualquier amenaza leve, con o sin arma, cuando la víctima sea la mujer en el marco de la relación de pareja antes descrito o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Como podemos ver, de nuevo, los sujetos activo y pasivo son los mismos que en los artículos anteriores, por lo que se dan por reproducidas las consideraciones hechas en dichos apartados.

En el artículo 171.5 se protege al resto de sujetos pasivos del artículo 173.2 CP frente a las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos exclusivamente. Además, incluye un tipo agravado, tanto para el apartado 4 como el 5, “cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”¹¹⁷, imponiéndose las respectivas penas en su mitad superior. Por su parte, el artículo 171.6 CP introduce una cláusula atenuadora idéntica a la prevista en el artículo 153.4 CP por la que “el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”¹¹⁸.

Respecto a la penología, la conducta contenida en el artículo 171.4 se castiga con “pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial

¹¹⁶ Artículo 171.4 CP.

¹¹⁷ Artículo 171.5 CP.

¹¹⁸ Artículo 171.6 CP.

protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”¹¹⁹ mientras que, tal y como establece el artículo 171.7, “fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”¹²⁰.

La diferencia básica entre ambos tipos radica en que el tipo agravado es perseguible de oficio, como todos los tipos que incluyan agravante de género, mientras que las amenazas leves fuera del ámbito de la *Ley Integral*, será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En último lugar, se modificó el delito de coacciones mediante el artículo 39 de la *Ley Integral* introduciendo una especial protección en el apartado segundo. De igual modo que respecto de las amenazas, la reforma penal afectó a la tipificación legal de las coacciones leves, transformando en delito las conductas que antes constituían la falta del artículo 620.2 CP cuando se cometan por el hombre contra la mujer que es o ha sido su pareja o aquellas que se lleven a cabo contra las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. La novedad aquí no estriba, por tanto, en su contenido sino en la disposición del mismo ya que la totalidad de las previsiones se incorporaron al apartado 2.

La tipificación como delito de los comportamientos constitutivos de coacciones leves no se extiende a los restantes sujetos pasivos del artículo 173.2 CP, por lo que toda coacción de carácter leve entre éstos será de aplicación el artículo 620.2 CP.

Se impondrá “pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”¹²¹ cuando los sujetos pasivos sean mujer o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Además, se introducen igualmente las mismas circunstancias de agravación (pena en su mitad superior) y atenuación (pena inferior en grado) previstas en relación con el nuevo tipo de amenazas leves, mencionadas anteriormente.

¹¹⁹ Artículo 171.4 CP

¹²⁰ Artículo 171.7 CP

¹²¹ Artículo 172.2. CP

3.2.4. Una comparativa entre las penas impuestas a los delitos con agravante de género y los delitos de violencia familiar

Respecto a la comparativa de penas entre los delitos de violencia sobre la mujer en el ámbito de la violencia de género y las penas otorgadas a los delitos de violencia intrafamiliar realizadas en cada delito, podemos llegar, una vez analizados los tipos, a las siguientes conclusiones:

-Las lesiones agravadas del artículo 148 CP se castigan con idéntica pena de prisión (de 2 a 5 años) en ambos casos, si bien el apartado 5 únicamente se refiere a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor y no a los sujetos pasivos de violencia doméstica en su conjunto.

-El maltrato de obra ocasional contemplado en el artículo 153 CP posee un tipo mínimo mayor en el apartado 1, dedicado a la violencia de género (6 meses a 1 año), que en el apartado 2, dedicado a la violencia intrafamiliar (3 meses a 1 año). Comparten pena en lo relativo a trabajos en beneficio a la comunidad (de 31 a 80 días) y privación del derecho a la tenencia y porte de armas (de 1 año y 1 día a 3 años), siendo obligatoria esta última en ambos casos. Respecto a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, el apartado 1 lo contempla hasta 5 años mientras que el apartado 2 de 6 meses a 5 años (posiblemente la diferencia más notoria del tipo).

-Los tipos de amenazas (artículo 171 CP) y coacciones (artículo 172 CP) comparten penas con el artículo 153 CP apartados 1 y 2, por lo que se dan por reproducidas. La única diferencia es que, en vez de hacer referencia a los sujetos pasivos de la violencia intrafamiliar, únicamente contemplan las amenazas y coacciones contra la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

-El artículo 173.2 CP sobre el maltrato habitual contempla tanto a las víctimas de violencia sobre la mujer como a las víctimas de violencia en el ámbito familiar, igual que en el tipo de injurias o vejaciones injustas de carácter leve del artículo 173.4 CP, por lo que no se puede establecer comparación alguna.

3.3. Algunos problemas en la configuración y aplicación de la *Ley Integral* y su Tutela Penal

3.3.1. Consideraciones prácticas

Una vez estudiadas las previsiones legales y novedades legislativas de la *Ley Integral* en su vertiente penal, podemos llegar a plantearnos, entonces, cuáles son los problemas que surgen a raíz de su promulgación más allá de los enunciados en paralelo con su análisis. Pues bien, vamos a diferenciar dos tipos de problemas: aquellos cuya vertiente es exclusivamente práctica, y aquellos cuya raíz ahonda en la vertiente eminentemente teórica del derecho mismo.

En el ámbito de lo práctico, el gran problema surgido con la *Ley Integral* es el referido a la especial protección orquestada en torno a los sujetos pasivos y la posible desigualdad que esa precisa protección provoca respecto al sujeto activo, tanto por las agravaciones recogidas como por la falta de protección ante un caso similar. No vamos a ahondar en esta problemática, pues se ha resuelto con creces a lo largo del trabajo, por lo que hemos de referirnos a lo dicho *supra* sobre ella. Si bien, de nuevo, el problema no se centra exclusivamente en que en el cuerpo normativo se haga referencia a que el sujeto activo será necesariamente hombre y el sujeto pasivo necesariamente mujer, siempre y cuando se cumpla con el requisito de que mantengan o hayan mantenido una relación sentimental, y las consecuencias que ello implica, sino que va más allá al contemplar al sujeto especialmente vulnerable que conviva con el autor. No obstante, se debe otorgar una protección más intensa a todos los sujetos colaterales que puedan surgir de esta característica violencia, sobre todo, aquellos que dependan necesariamente de la mujer víctima. De nuevo, nos referimos a lo dicho *supra*.

La custodia de los menores o visitas que éstos puedan tener con el progenitor condenado por un delito de los contemplados en la *Ley Integral* es un aspecto sumamente problemático en la realidad de los juzgados. El reciente Real Decreto- Ley de Medidas Urgentes para el Desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, por el que se modifica la Ley de Bases del Régimen Local, la *Ley Integral* y el Código Civil, han mejorado ciertos aspectos en lo relativo a la asistencia y protección de los menores siendo el eje 4 es el encargado de su intensificación, sobre todo en cuanto a ayudas económicas, beneficios fiscales e intervención psicológica se refiere.

Las medidas 204, 205, 206 y 207 realizan algún cambio en el régimen de visitas y custodia de los menores de forma anecdótica y ninguno sobre su protección. Queda todavía un largo camino en el que deberán resolverse ciertos aspectos intrínsecos a las relaciones progenitor-menor a menudo problemáticos, sobre todo en la vida práctica una vez llevada la instrucción por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y el enjuiciamiento por el correspondiente Juzgado de lo Penal.

El primero de ellos se centra en el posible perjuicio del menor en aquellos casos en los que, preventivamente, se retira la custodia y patria potestad, e incluso el derecho de visitas, al progenitor que, habiendo sido absuelto por el Juzgado de lo Penal encargado de enjuiciar el caso se recurre dicho veredicto por la parte contraria, llegando el asunto hasta la Audiencia Provincial, que vuelve a dictar sentencia decretando la absolució n y, por tanto, la retirada de las medidas provisionales de alejamiento y suspensión de la guardia y custodia del menor, con el restablecimiento de las oportunas visitas.

El perjuicio en este caso es claro, tanto para el menor como para el progenitor, pues los procedimientos que llegan hasta la Audiencia Provincial son, en la práctica, largos, pudiendo durar hasta tres o cuatro años. En ese periodo de tiempo, menor y progenitor pierden todo contacto –recordemos que, sería probable que tuviera una orden de alejamiento e incomunicación con la presunta víctima del ilícito penal y madre del menor-, contacto que, en esas edades, es sumamente importante y necesario para el establecimiento de vínculos afectivos entre ambos. El perjuicio sería, entonces, irreparable. A ello, se le suma la estigmatización que sufriría el progenitor para el resto de la sociedad.

El segundo de ellos se da en aquellos casos en los que, cumplida por el progenitor declarado culpable la pena impuesta en sentencia –sea de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad- así como el correspondiente periodo de suspensión de la tutela sobre los hijos menores –igual supuesto se daría en aquellos casos en los que, aunque no haya cumplido la pena íntegra sí ha transcurrido el tiempo de suspensión-, solicita recuperar su derecho de visitas sobre éstos –teniendo en vigor o no la orden de alejamiento e incomunicación sobre la madre de los mismos, siendo lógicamente más grave el primero de los supuestos-. Estaríamos ante un caso en los que la víctima es obligada, bien a llevar ella misma a los menores con su progenitor –si la orden de alejamiento no está en vigor- bien dejarlos en un punto de encuentro, cuando todavía existe riesgo alto hacia su persona. No es recomendable que víctima y agresor vuelvan a

tener contacto ya que el fenómeno de la violencia de género es sumamente complejo y difícil de prevenir, y muchas veces no finalizan los episodios violentos aunque el agresor cumpla su pena.

A ello se suma que “existe una clara relación entre la aparición de la violencia de género y los procesos matrimoniales de separación, divorcio o ruptura de las parejas de hecho, existiendo un gran número de episodios de violencia que se producen en el entorno de estos procesos civiles, bien en los momentos previos a su inicio, bien durante su tramitación o, incluso, durante su ejecución”¹²².

La intangibilidad de las sentencias firmes se postula como otro de los grandes problemas¹²³, sobre todo en lo que afecta al delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar, previsto y penado en el artículo 468 CP. La intangibilidad afecta a diversos aspectos comunes en la vida práctica posterior al proceso judicial, como son los encuentros casuales o el consentimiento de la víctima al acercamiento con el agresor –el quebrantamiento puede producirse no solo por voluntad del autor sino también de la víctima que, tras denunciar y obtener dicha medida, decide reanudar su convivencia o relación con aquél-. El grado de incumplimiento de las medidas es altísimo y, aunque el quebrantamiento de la pena constituye un nuevo delito, la cifra oculta es norme, “ya que no existen recursos policiales capaces de controlar la cantidad de medidas existentes”¹²⁴.

La imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima en una gran variedad de delitos se ordena como una de las causantes. Parte de la doctrina se preguntó si con dicha imposición se debía conceder relevancia a la voluntad de la mujer y por tanto no sancionar al procesado o condenado que incumplió la orden judicial o, por el contrario, si había que penar al infractor por el delito de quebrantamiento de condena y forzar así la separación de la pareja.

Se decantaron por la primera opción, apelando a la necesidad de respetar la voluntad de las mujeres, partiendo de su condición de sujetos capaces de gobernar sus propias vidas, aún en situaciones complicadas. Ello, sin dejar de tener en cuenta que

¹²² GUTIERREZ ROMERO, F. M., “Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 7480, 2010, p.1.

¹²³ Sobre la intangibilidad de las sentencias firmes, *Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004*, de 28 de febrero, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Consejo General del Poder Judicial, pp. 107 y ss.

¹²⁴ ORTUBAY FUENTES, M. “Diez años de la Ley Integral contra la violencia de género: Luces y Sombras”, *Ventana Jurídica*, vol. 2, 2015, p. 23.

tanto la pena como la medida cautelar de alejamiento son instrumentos fundamentales para asegurar la protección de las víctimas en aquellos casos de extrema gravedad, en los que las mujeres consienten la reanudación de la convivencia presionadas por el acoso, coacción y miedo. Pero, no podemos obviar que “ni todos los supuestos en los que ha existido algún episodio de violencia en la pareja tienen esa gravedad ni tampoco puede aceptarse como premisa indiscutible que siempre y en todo caso la mejor salida para la mujer sea la separación”¹²⁵.

Debemos abogar siempre por una protección íntegra, y sobre todo eficaz, a las mujeres víctimas de maltrato, a sus hijos, a las personas especialmente vulnerables, y a todos aquellos sujetos víctimas de este tipo de violencia, tanto la cometida por motivos de género como la intrafamiliar, eso sí, sin olvidarnos de la voluntad de aquellas, que debe regir como guía en el procedimiento.

Sin embargo, aun siendo ésta la tesis mayoritaria, el TC reconoció la legitimidad a la pena obligatoria de alejamiento y partió de su finalidad tuteladora de los bienes jurídicos afectados por los delitos a los que se aplica¹²⁶.

A ello se suma un error de diseño en el tipo que no fue solucionado hasta el año 2015 –esto es 11 años después de la promulgación de la *Ley Integral*- cuando el apartado 25 del único artículo de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, del Poder Judicial introdujo este delito dentro de las competencias del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer¹²⁷. Es decir, hasta el año 2015, se “excluía del ámbito de la competencia de estos juzgados a un delito tan puro de violencia de género como es el dimanante de la imposición de una medida cautelar o pena de alejamiento quebrantada”¹²⁸.

Por su parte, la interposición de la denuncia entraña multitud de problemas, no solo por las denominadas “denuncias falsas” y la impunidad para las denunciantes, realidad que, aunque no se puede negar, no es la tónica mayoritaria, ni mucho menos. No se trata de negar la existencia de mujeres que, conocedoras de los privilegios que se otorgan en estos casos, denuncien a sus parejas o ex parejas –sin duda, un problema preocupante que aumenta la sensación de desprotección del hombre- sino de evidenciar que éstas son una minoría que no pueden opacar el resto de denuncias sobre casos reales

¹²⁵ LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *op. cit.*, p. 803.

¹²⁶ STC 60/2010.

¹²⁷ Artículo 87 ter g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹²⁸ Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de febrero, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Consejo General del Poder Judicial, p. 107.

–“es posible que haya mujeres que inventan el maltrato para conseguir los privilegios que la ley concede a las víctimas de la violencia sexista y sería necesario investigar objetivamente y con rigor cualquier indicio que aparezca en ese sentido; sin embargo, el problema real radica en el preocupante número de mujeres que, después de haber dado el paso de acudir a los tribunales, renuncian a mantener la acusación”¹²⁹–.

En primer lugar, nos encontramos con casos en los que, presentada la denuncia en dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Juzgado de Guardia Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, se acogen a su dispensa a no declarar. Recordemos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la obligación de testificar de toda persona, pero dispensa de ella a determinados parientes del imputado y a “su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”¹³⁰. Con la dispensa a no declarar, una vez presentada la denuncia, el agresor queda en libertad y, por ende, desprotegida la víctima. Se trata de un comportamiento sumamente habitual que aumenta en frecuencia si la víctima sufre violencia habitual y se encuentra inmersa en lo que la doctrina científica ha denominado la espiral de violencia, con escalada de violencia incluida y, sobre todo, si presenta sintomatología clara del síndrome de la mujer maltratada¹³¹.

Algún sector doctrinal y jurisprudencial –en este sentido, Acuerdo del Tribunal Supremo sobre la exención de la obligación de declarar prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal- en donde el Tribunal Supremo interpreta que no se mantiene la dispensa cuando la convivencia ha cesado o cuando es la mujer la que ha denunciado a su pareja¹³²: caso en el que considera que la única solución es retirar esa dispensa. O lo que es lo mismo, obligar a la mujer víctima a declarar en contra de su voluntad. Pero, ¿puede el derecho llegar hasta la conciencia de las víctimas? ¿se puede vulnerar la voluntad de la víctima únicamente por defender su integridad ante otra posible agresión?.

En el proceso penal existe una falta de atención a la voluntad de la víctima en su conjunto, pero sobre todo en las víctimas de violencia sobre la mujer y violencia intrafamiliar ya que “en general, para cualquier víctima, residenciar en la justicia penal

¹²⁹ PÉREZ, F. y BERNABÉ, B., “Las denuncias falsas en casos de violencia de género: ¿mito o realidad?”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22, pp. 37-46, en ORTUBAY FUENTES, M., *op.cit.* p. 21.

¹³⁰ Artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹³¹ Sobre la espiral de violencia y el síndrome de la mujer maltratada, WALKER L. E. A. con asociados a la investigación, *El síndrome de la mujer maltratada*, Biblioteca de psicología Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, *passim*.

¹³² Acuerdo del Tribunal Supremo del Plano no jurisdiccional de la Sala Segunda de 24 de abril de 2013.

el conflicto personal que normalmente subyace bajo un delito implica una pérdida de protagonismo en la gestión de aquél. Pero cuando se trata de un caso de violencia de género, las dificultades para respetar la voluntad de las mujeres se acrecientan¹³³. Es lo que parte de la doctrina ha denominado *automatismos*¹³⁴ que, además de recortar el arbitrio judicial y dificultar la adaptación de la ley a las circunstancias concretas del caso, impiden a las mujeres expresar sus demandas y necesidades, y les obligan a soportar determinadas medidas de protección, restrictivas de sus derechos, que, a menudo, ni desean, ni han solicitado.

Se coincide, tanto desde la experiencia de los tribunales como desde el análisis teórico, en la necesidad de revisión o, cuando menos, de debate sosegado¹³⁵ sobre su carácter automático, epicentro de la problemática, -no sobre su falta de fundamento, que no se discute, al considerarse como medidas penales nacidas, precisamente para incrementar la eficacia de la tutela penal- mediante una comprobación exhaustiva de su idoneidad en la práctica para conseguir los fines que los justifican¹³⁶.

Las disposiciones legales de aplicación obligatoria dejan de lado la atención necesaria que debe hacerse a cada caso de forma individualizada –en vez de realizar un estudio de cuáles son las medidas adecuadas a aplicar a cada caso concreto- lo que demuestra una falta de observancia clara de la voluntad de las mujeres en detrimento de sus intereses. Con ello, se equipara la postura de la mujer a la del agresor en el sentido de ser obligadas a acatar decisiones jurisdiccionales por sus actos que no desean.

En general, existe un grave riesgo de pérdida de autonomía de las mujeres basada en la idea de que “toda mujer que ha pasado por una situación de violencia de género sufre graves deterioros psíquicos” como argumento fundamental “para justificar que otros tomen las riendas de sus vidas y las dirijan hacia la salida correcta”¹³⁷. La experiencia española demuestra que el modelo tutelar, frecuentemente, se vuelve contra

¹³³ ORTUBAY FUENTES, M., *op.cit.* p. 21.

¹³⁴ Sobre el acúñe del término, LARRAURI PIJOAN, E., “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia”, *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 311-327.

¹³⁵ ORTUBAY FUENTES, M., *op.cit.* p. 22.

¹³⁶ MAQUEDA ABREU, M. L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, *InDret*, núm. 4-07, http://www.indret.com/pdf/475_es.pdf (a 22-01-19).; LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 329-361.; LARRAURI PIJOAN, E., “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia”, *Género, violencia y derecho*, *op. cit.*, pp. 311-327.

¹³⁷ LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *op. cit.*, p. 799.

las propias mujeres, imponiéndoles comportamientos no deseados ni decididos por ellas¹³⁸.

Lo que queda claro es que son muchas y diversas las razones por las que las mujeres se resisten a denunciar la violencia que sufren, y numerosos los motivos por los que, después de hacerlo, se niegan a seguir colaborando para obtener la condena. Lo que parece meridiano es que el proceso penal supone, en general, un camino muy duro para las mujeres, que con frecuencia experimentan una doble victimización¹³⁹. Asumiendo esta realidad, parece imprescindible evaluar y revisar el sistema, identificar los aspectos disfuncionales y atreverse a proponer cambios, que pasan por reorientar la tutela penal, desplazándola de la posición central que ahora ocupa¹⁴⁰.

Otro ejemplo claro de los automatismos impuestos a las víctimas es la forma de resolución de conflictos integrada en la Tutela Penal por la que se veda toda posibilidad de acudir a la mediación. Parte de la doctrina consideró este aspecto como un incumplimiento claro de lo orquestado en la Tutela Educativa, en donde se presta una especial atención a la formación en la resolución pacífica y no violenta de los conflictos, aspecto al que no parece haber dedicado una atención equivalente cuando aborda los casos en que un conflicto con posibles violencias ya se haya suscitado.

Además, este aspecto fue incluido en la mayor parte de Informes realizados al Anteproyecto de la *Ley Integral*, si bien no fueron atendidos. Concretamente, el Consejo de Estado aconsejaba que “el tratamiento penal de esas situaciones de conflicto viniese acompañado de mecanismos y procedimientos que traten de encauzarlas y solucionarlas” mediante “cauces prejudiciales y judiciales específicos que, ante uno de esos conflictos, especialmente en sus etapas iniciales y de menor gravedad, no haya que acudir a una tutela judicial de índole penal”¹⁴¹.

Se propuso, precisamente, lo contrario a la tesis acogida por la *Ley Integral*: castigar más gravemente las conductas que tienen lugar en las primeras etapas de la escalada de la violencia con el fin de evitar, de este modo, las conductas más graves. La falta de agravación de dichas conductas se soluciona parcialmente mediante la agravante de actuar por motivos de género recogida en el artículo 22.4 CP. Surgieron

¹³⁸ MAQUEDA ABREU, “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Revista de Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, p. 13, http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf (a 22-01-19).

¹³⁹ LARRAURI PIJOAN, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003, pp. 271-307.

¹⁴⁰ ORTUBAY FUENTES, M. *op.cit.* p. 22.

¹⁴¹ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, p. 15.

varios interrogantes en torno a su compatibilidad respecto a aquellos tipos penales ya contenidos en la *Ley Integral* y sobre la necesidad de existencia de una relación sentimental, pasada o presente, para poder agravar tipos penales no contemplados en aquella. El Tribunal Supremo se pronunció recientemente al respecto:

- En primer lugar, “el fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma entendemos que no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual o pasada”.

- En segundo lugar, “con la inclusión de esta agravante, se amplía la protección de los derechos de las mujeres frente a la criminalidad basada en razones de género. Esto es, delitos que se agravan por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad y dominación del hombre sobre la mujer”.

- Por último, “no puede aplicarse la agravante de género ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4º, 153.1, 171.4, 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición *non bis in idem*”¹⁴².

La agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. Es decir, podrá ser aplicado la circunstancia agravante de actuar por motivos de género en aquellos casos en los que el delito cometido, dentro del seno de la pareja, sea uno de los no modificados por la *Ley Integral* y que se cometen cuando la espiral de violencia está ya muy avanzada, como puede ser el homicidio o los delitos contra la libertad sexual. Con

¹⁴² STS 3757/2018.

ello, se soluciona parcialmente –judicialmente- un problema ya enunciado en este trabajo.

Pero, ¿han sido realmente eficaces las figuras de género específicas en términos de reducción de delitos? Para ello, deberá controlar de un modo significativo las conductas que prohíbe pues, en caso contrario, no podrá considerarse adecuada en términos de legitimidad¹⁴³. Pues bien, siendo cierto que la violencia contra las mujeres se ha judicializado de forma muy intensa en los últimos años, particularmente desde que se apostó por introducir explícitamente la variable de género en la legislación penal, no existe razón alguna para pensar que el aumento de las denuncias o de las condenas esté haciendo disminuir realmente el número de agresiones contra mujeres¹⁴⁴.

La mayor parte de los casos que llegan anualmente a los tribunales por motivo de género se califican como violencia leve (artículo 153.1 CP), “mientras que el caso paradigmático de violencia de género, la violencia habitual en la pareja, apenas presenta el 10% del total de delitos instruidos, convirtiéndola en una figura residual”¹⁴⁵. Concretamente, el 72%, en el año 2018, según informa el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo, pese a las abundantes condenas por delitos leves, el número de víctimas mortales se ha mantenido prácticamente igual desde la promulgación de la *Ley Integral*¹⁴⁶.

Es decir, que “el amplísimo aparato normativo creado para prevenir la violencia de género en España no ha conseguido llegar a los casos más graves, aquellas situaciones en que las mujeres están expuestas de modo particularmente intenso a sufrir agresiones de sus parejas o exparejas sentimentales”¹⁴⁷. Ello nos lleva a afirmar que la técnica utilizada en la *Ley Integral* al sancionar de forma contundente únicamente las primeras manifestaciones de violencia no funciona y, por tanto, no evita la escalada ascendente consustancial al maltrato que acaba en los supuestos más graves de maltrato.

¹⁴³ MIR PUIG, S., Derecho Penal, Parte General, 10ª ed., Barcelona, 2015, pp. 88 y ss.

¹⁴⁴ LARRAURI PIJOAN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 134 y ss.

¹⁴⁵ LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *op. cit.*, p. 792

¹⁴⁶ Informe Trimestral sobre Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial. Tercer trimestre de 2018, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Tercer-trimestre-de-2018> (a 26-01-19).

¹⁴⁷ LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”. *op. cit.*, p. 793

3.3.2. Consideraciones doctrinales

En la vertiente teórica, existen multitud de orientaciones doctrinales sobre aspectos reprochables a la *Ley Integral*, si bien, vamos a exponer los más relevantes a nuestro juicio. Con su promulgación en el año 2004, un amplio sector doctrinal la consideró como un verdadero ejemplo de Derecho Penal de excepción que, vulnerando los principios de igualdad, responsabilidad, culpabilidad y proporcionalidad, acudió al Derecho penal de autor o Derecho Penal del enemigo¹⁴⁸ –parte de la doctrina penal diferencia un derecho penal de víctimas, legítimo, en el que se imponen penas más graves atendiendo a grupos de víctimas más vulnerables, de un parte derecho penal de autor, en el que se imponen penas distinta a distintos sujetos pasivos distintos¹⁴⁹-. Esta consideración está mas que superada en la actualidad, máxime con el Convenio de Estambul¹⁵⁰ en donde se reconoció la legitimidad de los sistemas controladores de las consecuencias de la violencia de género.

Respecto a la mención específica que el articulado hace sobre el sexo de la víctima es, para cierta parte de la doctrina, incompatible con el presunto carácter indirecto de la *Ley Integral* en cuanto a su calificación como política activa. Se pretende, desde esta óptica, la creación de tipos penales neutros que puedan ser agravados cuando la víctima tenga con el agresor una de las relaciones de afectividad que caracterizan únicamente la violencia doméstica, lo que conllevará que “los beneficiarios y protegidos por ese tratamiento penal serán mujeres en un porcentaje abrumadoramente mayoritario, con lo que se habrá conseguido esa discriminación positiva a su favor, respetando, al mismo tiempo, las exigencias de una adecuada política y legislación penales”¹⁵¹.

Es decir, se pretenden tipos penales que puedan ser agravados cuando medie entre agresor y víctima el tipo de relación que caracteriza a las contenidas en la *Ley Integral*

¹⁴⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN M. A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, *Diario la Ley*, núm. 6146, 2004, p. 6; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones*, Estudios penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL. Coord. CARBONELL MATEU, J.C. 2005. p. 498; MATA Y MARTÍN, R., “Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales. civiles, penales y laborales*, 2009, Valladolid, p. 120.

¹⁴⁹ BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A., *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁰ Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica.

¹⁵¹ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, p. 16.

pero sin que ello conlleve una referencia específica a que el autor sea hombre y la víctima sea mujer.

Ponen de ejemplo el artículo 468.2 CP, en donde se regula el tipo agravado del delito de quebrantamiento de condena de las penas y medidas de seguridad acordadas por acciones violentas en el ámbito doméstico. Su argumento pasa por entender que el tipo se aplica igualmente sin exigir que las víctimas sean mujeres.

La literalidad del precepto es la siguiente:

“Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”¹⁵²

Si observamos atentamente el tipo penal vemos que se trata de un argumento sesgado que no tiene en cuenta la razón principal de la ausencia de referencia alguna al sexo de la víctima: que lo incluye por referencia al artículo 173.2 CP, que, como hemos visto, contempla una variedad de sujetos pasivos entre los que se incluye una referencia expresa a la mujer “que sea o haya sido esposa o esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad”.

Por ello, un hipotético artículo 468.2 CP neutro no podría ser aplicado en los mismos casos en los que se aplica actualmente. Como consecuencia, se hace necesario una referencia específica, tanto en el articulado del propio ilícito o en otro de referencia que pueda ser traído a colación, como sucede con el actual 468.2 CP.

Otras críticas se centraron en la legitimidad de la intervención penal para prevenir y sancionar este tipo de conductas, en si era realmente el Derecho penal un instrumento adecuado para ello. De forma unánime, la doctrina penal concedió legitimidad al uso de la pena cuando el fin último era proteger los derechos fundamentales sobre los que se asienta cualquier Estado democrático. Es indiscutible que “el Derecho penal debe actuar con contundencia cuando una mujer es víctima de agresiones por parte de su pareja (o en cualquier otro contexto de la violencia de género) que impliquen un menoscabo significativo de bienes tan esenciales como la vida, la salud física o psíquica o la libertad en sus diversas manifestaciones”¹⁵³.

¹⁵² Artículo 468.2 CP.

¹⁵³ LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *op. cit.*, pp. 812 y 813.

Otras de las grandes preguntas planteadas por la doctrina fue la relativa a la necesidad real de crear tipos penales de género específicos, más allá de lo anteriormente expuesto. Su argumento principal lo encontraban en Derecho comparado y fundamentaban la siguiente pregunta teórica: ¿por qué son suficientes los delitos comunes con los que cuentan la mayoría de los ordenamientos punitivos para tutelar los bienes jurídicos comprometidos en la violencia de género y se crean figuras específicas?. Todavía hoy sigue sin resolverse la cuestión, si bien, queda claro que las figuras de género específicas están configuradas como un instrumento adicional para conseguir una mejor protección a las mujeres.

No obstante, el problema central no es tanto su fundamento o necesidad, como su construcción típica que, hasta ahora, ninguna legislación ha conseguido resolver de manera convincente. Y ello porque no existe un modelo adecuado que logre definir en una ley penal los comportamientos constitutivos de violencia de género en términos que resulten aceptables para cumplir con las estrictas exigencias del principio de legalidad¹⁵⁴.

El plano teórico propio de la ley penal, en el que los fenómenos se describen por las causas que les dan origen y sus repercusiones en la vida social y no por las formas concretas que adquieren en los comportamientos de sujetos individuales, el concepto sobre el que se ha basado toda la explicación de la violencia de género se mueve en otro plano teórico completamente distinto.

Concepto básico y fácil de entender para el lego en derecho –cualquier persona que acuda a la *Ley Integral* comprenderá la definición dada- pero que no satisface las necesidades del derecho penal al no “describir de forma clara los elementos objetivos y subjetivos circunscriben la conducta típica, de modo tal que se pueda saber de antemano qué comportamientos están abarcados por la norma prohibitiva y cuáles no. Y ahí esta una de las mayores debilidades de las figuras de género específicas, ya que con demasiada frecuencia se limitan a trasladar sin más los componentes del concepto sociológico de violencia de género al plano de la ley penal –o a su interpretación- sin reparar en que los niveles argumentativos son totalmente distintos y tienen exigencias diversas”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *op. cit.*, pp. 817 y ss.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 819.

No podemos concluir sino diciendo que es extremadamente difícil encontrar los elementos adecuados para captar la esencia de la violencia de género en términos aceptables para el principio de legalidad penal.

No obstante, aunque el enfoque adoptado en este trabajo se centra, en su mayoría, en los puntos débiles de la intervención penal frente a la violencia de género no significa que la *Ley Integral* haya fracasado –el diseño de una respuesta integral, con múltiples perspectivas y ámbitos de actuación ha supuesto un enorme avance en el abordaje del fenómeno- si bien, no se ha logrado su pleno desarrollo, quedando, 15 años después, numerosos problemas en cuanto a su aplicación práctica y configuración teórica.

IV. CONCLUSIONES

1. La *Ley Integral* ha sido pionera en la regulación del delito de violencia de género como un tipo autónomo, agravándolo en comparación con los tipos de violencia doméstica y estableciendo una serie de tutelas con carácter multidisciplinar e integral. Incorporó una técnica legislativa mixta, reformando diversas leyes estatales y autonómicas y auto determinándose ley de medidas e integral.

2. Se inspira en los artículos 9.2 y 14 CE al tener carácter de política activa, intentando restaurar la igualdad entre hombres y mujeres. El principio de igualdad no es absoluto, no siendo contrarios los tratos diferenciados que tengan como fin corregir desigualdades preexistentes, de partida, mediante un derecho desigual igualatorio.

3. La *Ley Integral* es acorde con los principios constitucionales de igualdad y proporcionalidad de acuerdo a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional. No supone una diferencia de trato desproporcionada o inasumible para los valores constitucionales.

4. Las conductas de violencia de género no sólo son representativas de una violencia intersubjetiva, como sucede en otras figuras penales que incriminan fenómenos violentos, sino que encierran un desvalor añadido en cuanto atentan a otros valores constitucionales de primer orden, en este caso, referidos específicamente a la mujer, como su derecho a la igualdad, a la no discriminación por razón de su sexo, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad en el ámbito de las relaciones de pareja.

5. La transformación de la percepción social acerca de este fenómeno, hasta fechas relativamente recientes silenciado social y legislativamente como tal, ha provocado que en la vigente ordenación valorativa de los presupuestos esenciales para la convivencia, la violencia de género se haya catalogado como una de las lesiones más significativas a bienes jurídico-penales fundamentales.

6. Las agravaciones contenidas en la *Ley Integral* se centraron en aquellas conductas leves pertenecientes a la primera etapa de la espiral de violencia –lesiones, maltrato de obra ocasional, amenazas y coacciones-, como método de contención. Algo que ha quedado demostrado es

insuficiente. Éste extremo se solventa parcialmente mediante la introducción de la agravante de actuar por motivos de género del artículo 22.4 CP.

7. Los nuevos tipos penales diferencian como sujeto pasivo a la mujer y a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, con igual pena para ambos. En algunos preceptos, se hace referencia a los sujetos de violencia intrafamiliar, exigiendo como requisito convivencia entre sujeto activo y pasivo, algo que no sucede en los delitos de violencia de género.

8. Existen diversos problemas prácticos y teóricos que deben ser mejorados en aras de una mejor aplicación de la Ley. Son especialmente preocupantes ciertos actos y medidas tendentes a privar de autonomía y capacidad de decisión de la mujer, sobreprotegiéndola, así como la construcción típica de los tipos penales para una mejor adecuación al principio de legalidad penal.

9. Aunque la *Ley Integral* se ha demostrado efectiva sigue teniendo carencias y todavía queda un largo camino por recorrer, siendo esencial una tutela educativa que consiga borrar las desigualdades estructurales desde la infancia, mejorando su eficacia.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ESCAMILLA, A. y LAMARCA PÉREZ, C., “Reflexiones sobre las medidas penales de protección contra la violencia de género”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, Edisofer, Madrid, 2008.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2016.

BARRERE UNZUETA, M.A., “Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres”, *Jornadas sobre Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres*, Vitoria- Gasteiz, 2002.

BARRERE UNZUETA, M.A., “De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español”, *Jueces para la democracia*, núm. 51.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN M. A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, *Diario la Ley*, núm. 6146, 2004.

DELGADO MARTÍN, J., “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley Penal*, núm. 2, 2004.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en ALARCÓN CARACUEL, M. R., “*Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991: análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*”, Relaciones Laborales, 1993.

GAVILÁN RUBIO, M., “La habitualidad en el maltrato doméstico. Dificultad probatoria. Problemática actual”, *La Ley*, núm. 92, 2012.

GIMÉNEZ GLUCK, D., “*Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GÓMEZ ORFANEL, G., “*Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación*”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 9, 2008.

GONZÁLEZ RUS, J.J., *La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones*, Estudios penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL. Coord. CARBONELL MATEU, J.C. 2005.

GUTIERREZ ROMERO, F. M., “La nueva Ley de Violencia de Género: Aspectos prácticos y sustantivos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1990, 2005.

GUTIERREZ ROMERO, F. M., “Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 7480, 2010.

JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.9, 1983.

LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, IN MEMORIAM ALEXANDRI BARATTA, Salamanca, 2004.

LAURENZO COPELLO, P., “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político- criminal”, *Jueces para la democracia*, núm. 54, 2005.

LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LAURENZO COPELLLO, P., “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXV, 2015.

LARRAURI PIJOAN, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003.

LARRAURI PIJOAN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LARRAURI PIJOAN, E., “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia”, *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MAGRO SERVET, V., “Análisis del nuevo artículo 153 del Código Penal”, *La Ley Penal*, núm.1, 2004.

MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Revista de Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, p. 13, http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf (a 22-01-19).

MAQUEDA ABREU, M. L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, *InDret*, núm. 4-07, http://www.indret.com/pdf/475_es.pdf (a 22-01-19).

MARTÍN VIDA, M. A., “Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva”, Civitas Ediciones, Madrid, 2003.

MATA Y MARTÍN, R., “Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales. civiles, penales y laborales*, 2009, Valladolid.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed., Barcelona, 2015.

ORTUBAY FUENTES, M. “Diez años de la Ley Integral contra la violencia de género: Luces y Sombras”, *Ventana Jurídica*, vol. 2, 2015.

PERAMATO MARTÍN, T., “Análisis de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: Cuestiones penales”, *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Granada, 23 y 24 de febrero de 2006.

PÉREZ, F. y BERNABÉ, B., “Las denuncias falsas en casos de violencia de género: ¿mito o realidad?”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22.

RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.”, en BOIX REIG, F. J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E., “*La nueva Ley contra la Violencia de Género: LO 1/2004, de 28 de diciembre*”, Iustel, 2005.

WALKER L. E. A. con asociados a la investigación, *El síndrome de la mujer maltratada*, Biblioteca de psicología Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009.

Otros instrumentos de interés utilizados:

Acuerdo del Tribunal Supremo del Plano no jurisdiccional de la Sala Segunda de 24 de abril de 2013.

Circular Nº 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993.

Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres.

Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres.

Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997

Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de febrero, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Consejo General del Poder Judicial.

Informe Trimestral sobre Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial. Tercer trimestre de 2018, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Tercer-trimestre-de-2018>.

Resolución 56 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos políticos de la mujer, de 11 de diciembre de 1946.

Resolución del Parlamento Europeo A4-250/1997 sobre una campaña europea sobre la tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres.

VI. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- STC 22/1981
- STC 33/1981
- STC 34/1981
- STC 49/1982
- STC 75/1983
- STC 148/1986
- STC 29/1987
- STC 128/1987
- STC 19/1989
- STC 76/1990
- STC 216/1991
- STC 229/1992
- STC 2/1993
- STC 117/1998
- STC 181/2000
- STC 1/2001
- STC 200/2001
- STC 39/2002
- STC 125/2003
- STC 730/2003
- STC 253/2004
- STC 59/2008
- STC 122/2008
- STC 41/2010
- STC 60/2010
- STC 75/2011
- STC 41/2013

Tribunal Supremo

- STS 3757/2018

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 17 de octubre de 1995, C-450/93, caso *Kalanke*
- STJUE de 11 de noviembre de 1997, C- 409/95, caso *Marschall*
- STJUE de 28 de marzo de 2000, C-158/97, caso *Badeck*
- STJUE de 6 de julio de 2000, C-407/98, caso *Abrahamsson*